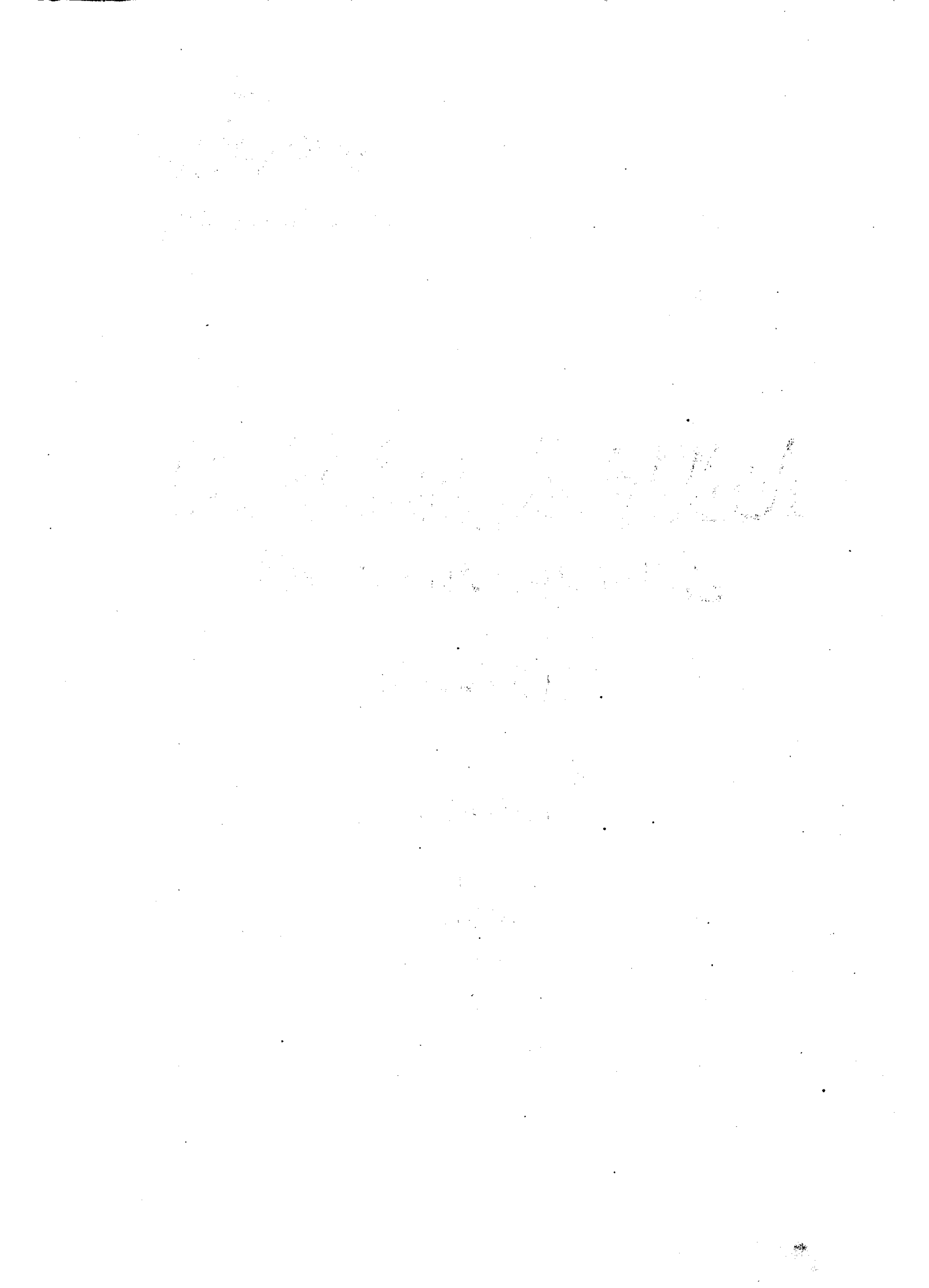
دكتور
رشدى شحاتة أبو زيد
كلية الحقوق - جامعة حلوان

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
١٤١٩هـ - ١٩٩٩م



اصل هـــذا الكتـــاب رســـالة دكتوراة

نوقشـــت بكلية الشـــريعة والقـــانون بالقـــاهرة

يوم: ١٩٩٣/١١/٧

وقد منح الباحث درجة الدكتوراة مع مرتبة الشرف الأولى.

وقد تكونت لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من الأساتذة:

الأستاذ الدكتور/ عـــلى احمـــد مـــرعى

الأستاذ الدكتور/ رمضان على السيد الشرنباصى

الأستاذ الدكتور/ لاشـــين الغـــاياتى

الأستاذ الدكتور/ ابراهيم ابراهيم الصالحى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى شرح صدورنا بالهداية إلى الإسلام ووفقنا للتفقه فى الدين، أحمده سبحانه وتعالى، الذى علم بالقلم، علم الإنسان مالم يعلم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله المبعوث رحمة للعالمين، الهادى إلى الصراط المستقيم - ﷺ - وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعده ...

هذه مقدمة لموضوع البحث المقدم لنيل درجة العالمية (الدكتوراة) فى الفقه المقارن بعنوان (أنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى - دارسة مقارنة) أعرض فيها للتعريف بالبحث وأهميته، ومنهجى فيه.

١- التعريف بالبحث وأهميته:

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية القواعد الكفيلة بتنظيم حياة أفراد المجتمع فى جميع مناحى الحياة من عبادات ومعاملات، وجنايات، وهذه القواعد قد كفل لها الله سبحانه وتعالى أسباب التكامل بما يؤدى معه إلى استقرار المجتمع وأمنه وطمأنينته.

وكان هذا واضحا عندما كان المسلمون الأوائل متمسكين بشريعتهم فاستتب الأمن وعم الرخاء، وانتشروا فى أرجاء الأرض فاتحين وناشرين دين الله فأسسوا حضارة إسلامية عظيمة ستظل أمد الدهر يشهد لها الجميع بالعراقة والعدالة والسماحة.

لكن حينما حاد المسلمون عن تطبيق شريعتهم الغراء، بدأ الضعف يدب فى أوصالهم وكان هذا فرصه لأعداء الإسلام والمسلمين لأن يبثوا سمومهم،

ويعملوا على نشر قوانينهم الوضعية بدلا من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

ولم يكتفوا بهذا، بل رموا الشريعة الإسلامية بالجمود والتأخر والرجعية وأن الشريعة الإسلامية لاتساير الحضارة الحديثة.

وهذا واضح اليوم فى بعض، بل فى معظم البلاد الإسلامية من تطبيق القوانين الوضعية المستمدة أساسا من الشرائع الوضعية الغربية، ولكن فى الآونة الأخيرة بدأ المسلمون يفيقون من غفوتهم ويتنبهوا لخطر تطبيق القوانين الوضعية فى بلادهم فظهرت النداءات من المخلصين بالرجوع إلى الشريعة الغراء.

وقد تمخضت بعض هذه النداءات فى بعض البلاد الإسلامية عن ثورة شاملة على القوانين الوضعية وإحلال الشريعة الإسلامية مكانها.

أما عن أهمية البحث وأسباب اختيارى لهذا الموضوع فتتلخص فيما يلى:

١- من الواجب الذى تفرضه علينا شريعتنا أن نساهم فى بيان عظمة هذه الشريعة، وسيكون بحثى هذا محصورا فى المعاملات حيث نظمت الشريعة قواعد المعاملات وأسباب نشوء الحقوق فى الذمم وعملت من ناحية أخرى على تنظيم ابراء الذمم وحددت أن إبراء الذمم من أقرب الطرق وأيسرها، أمر مطلوب من الشارع الحكيم.

٢- لما كان لله حرمات مصانة ولايجوز الاعتداء عليها وكان الدين فى الذمة من تلك الحرمات لايجوز إنكاره أو المماطلة فيه، فاذا ما ماطل أحد، أو جحد هذا الدين فانه بذلك يعتدى على حق من حقوق العباد، واعتداء على حرمة من حرمات الله.

٣- القاء الضوء على بعض قواعد الشريعة الإسلامية لتجد مجالها فى التطبيق العملى.

٤- بيان عظمة فقهائنا وأنهم كانوا على درجة عظيمة من الفهم والاستنباط

من كتاب الله وسنة رسوله الكريم حيث تركوا لنا تراثا إسلاميا ضخما لايمكن أن تخلفه أمة مهما بلغت من تقدم وازدهار.

٥- تبصرة ابناء المجتمع الإسلامي بما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات تجاه أنفسهم وتجاه غيرهم.

٦- لاتختلف المذاهب ولا الأديان على أن الوفاء بالديون واجب على المدين. قال تعالى: **﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾**[(١)]، وقال رسول الله - ﷺ-: «**فان خيركم أحسنكم قضاء**»[(٢)]، وكان رسول الله - ﷺ- لايصلى على رجل مات وعليه دين فعن جابر بن عبد الله، أن النبى - ﷺ-: «**كان لايصلى على رجل مات وعليه دين**»[(٣)].

فأتى بميت فسأل أعليه دين؟ قالوا نعم ديناران فقال - ﷺ- صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة، هما على يارسول الله فصلى عليه.

كما روى عن الرسول - ﷺ- أنه قال: «**نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه**»[(٤)].

والوفاء بالديون له عدة أشكال، منها أن يؤدى المدين إلى الدائن مثل الذى أخذ منه وهذا هو الوفاء، ومنها أن يوفى من جنس آخر ما قيمته تساوى قيمة الدين اذا رضى به المدين، وهناك طرق أخرى تنقض بها الديون.

١- بدون أداء منها المقاصة والابراء وامثالهما ومن ثم فموضوع انقضاء الالتزام ذا أهمية بالغة لأن الالتزام مؤقت ومصيره حتما إلى الزوال اما بالوفاء أو

---

(١) سورة النساء الآية: ٥٨.

(٢) أخرجة البخارى فى صحيحه فى باب استقراض الابل من كتاب الاستقراض ٢٣٩٠، والنسائى جـ ٧ ص ٣١٧ مصطفى البابى الحلبى ١٣٨٣هـ.

(٣) سنن الدارمى المجلد الثانى ص ٢٦٣ - دار الكتب العلمية - بيروت.

(٤) الأم للإمام للشافعى أبى عبد الله بن ادريس المتوفى سنه ٢٠٤ هجرية رواية ربيع الخيرى، طبعة بولاق ١٣٢٦ هـ: جـ٣ ص ٢١٢.

بغيره مما يعادل الوفاء فوجب بيان هذه الطرق التى تعادل الوفاء.

وأخيرا قصدت بهذا العمل أن اضيف إلى المكتبة الاسلامية ثمرة جهدى هذا ، قاصدا منه النفع العام راجيا من الله القبول أنه نعم المجيب.

٢- قد وضعت منهجا لأسير عليه من معالجة هذا الموضوع وراعيت فيه أن يكون مترسما لخطى منهج البحث العلمى وهذا المنهج يتمثل فى الخصوات الآتية:

١- أعرض المسألة اتناولها بالبحث والدراسة صرد من الرسالة.

٢- أذكر ما اتفق عليه الفقهاء فى هذه المسألة ان كان هناك اتفاق ذاكر دليله ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

٣- أحرر محل الخلاف بين الفقهاء فى المسألة واذكر عدد المذاهب فيها حسب اتفاقهم واختلافهم ولم اقتصر على المذاهب الاربعة المشهورة.

٦- أذكر أدلة كل مذهب وأناقش هذه الأدلة إن وجدت لها مناقشة أو أستطعت مناقشتها ثم أجيب عما يمكن الاجابة عليه من هذه المناقشات.

٧- التزمت فى بحث الموضوع السير وراء الدليل فلم أتحيز لمذهب خاص وأختار الرأى الذى يظهر لى رجحانه لقوة دليله أو تحقيقه مصلحة أو دفعه مفسدة.

٨- أقوم ببيان الحكم القانونى فى المسألة محل البحث من القانون المدنى المصرى ثم أتبع ذلك بمقارنة بين الحكم الفقهى والقانونى كلما أمكن لى ذلك.

٩- اعتمد فى البحث وتقرير الأحكام الشرعية على كتب الفقه الأصلية أما الكتب الحديثة فقد استخدمتها استئناسا أو تقوية لبيان فكرة جديدة فى مسألة من المسائل.

١٠- رجعت إلى أمهات كتب التفسير والحديث وأصول الفقه واللغة إذا لزم

الأمر لبيان شئ فى الرسالة.

١١- ترقيم جميع الآيات القرآنية الكريمة مع ذكر السورة التى وردت فيها الآية.

١٢- تخريج كل الأحاديث الواردة فى الرسالة من كتب السنة المعتمدة كى يطمئن القارئ لسلامة ماوصل إليه.

١٣- بيان بعض معانى الألفاظ الفقهية واللغوية الواردة فى البحث.

١٤- الإشارة إلى أحكام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف لتأييد المسألة محل البحث، كلما أمكن ذلك.

جـ- خطة البحث:

قد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وأربعة فصول وخاتمة.

أما المقدمة:

فقد تحدثت فيها عن التعريف بالبحث وأهميته ومنهجى الذى سرت عليه فيه.

أما الفصل التمهيدى:

فهو إطلالة موجزة عن المال والعقد والالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى وقد اشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى المال.
المبحث الثانى: فى العقد.
المبحث الثالث: فى الالتزام.

الفصل الأول: المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

ويشتمل على أربعة مباحث.

الخاتمـــة:

وقـد ضـمنتـهـا أهم النتـائج التى توصلت إليـهـا ثم أتبـعت ذلك بفـهـارس عامة متنوعة على الوجة التالى:

أولا : فهرس الآيات القرآنية.
ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار.
ثالثا: فهرس المراجع والمصادر.
رابعا: فهرس الموضوعات.

وأخيرا: فاننى أرجو الله سبحانه وتعالى أن أكون قد وفقت فى قصدى وسعى ولا أدعى أن عـملى هذا قد تجرد من النقص أو بلغ حد الكمال، وحسبى أننى قد بذلت ما فى الجهد من طاقة وفكر ووقت، فان كنت قد أصبت فـمن الله وان كنت قـد أخطأت فـمن نفـسى تأدبا بقـول رب العـزة: **﴿ما أصابك من حسنة فـمن الله وما أصابك من سيئة فـمن نفسك﴾**[١]، والله أسـال أن يجعل عـملى هذا خالصا لوجهه الكريم وان يوفقنى إلى ما فيه الخير للإسلام والمسلمين إنه نعم المولى ونعم النصير.

(١) سورة النساء من الآية رقم ٧٩.

الفصل التمهيدى

اطلالة موفره على المال والعقد والالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

ويشتمل على ثلاثه مباحث.

المبحث الأول: فى المال.
المبحث الثانى: فى العقد.
المبحث الثالث: فى الالتزام.

تمهيد:

لقد استخلف الله سيدنا آدم وذريته فى الأرض ليعمروها، ويصلحوها حتى يعيشوا فيها ماقدر لهم أن يعيشوا آمنين مطمئنين، وجعلهم شعوبا وقبائل ليتعارفوا.

وقد قضت الفطرة أن يكون الانسان مدنيا بطبعه، لايستطيع أن يعيش وحده، بل لابد من معاونة بنى جنسه له ومعاونته لهم.

وإذا كان الاجتماع ضرورة كان لابد من وجود معاملات وتصرفات تجرى بين أفراد المجتمع.

والمراد بالمعاملات فى الفقه الإسلامى: جميع العقود التى يتبادل الناس بها منافعهم.

وقد تعرض القرآن الكريم لتنظيم هذه العقود بطريقة إجمالية وقواعد كلية، وترك تفصيل تلك القواعد للسنة النبوية والمجتهدين من فقهاء الأمة الإسلامية.

ولما كان المال هو سبيل الانسان لإشباع حاجاته وهو عصب الحياة وقوام المعاملات ومحور النشاط الاقتصادى.

اقتضت الضرورة أن نلقى نظرة سريعة عليه حتى نتعرف على حقيقته وأقسامه.

ولما كانت العقود هى وسيلة الأفراد فى التعامل، وجب التعرض للعقد للتعريف به وبيان أركانه، وهى الصيغة والمحل والعاقد، وأهم ما يشترط فى العاقد اهليته حتى يتم الوفاء منه صحيحا وحتى يستطيع أن ينشئ عقدا جديدا عندما يريد طرفا العقد القديم تجديده بعقد آخر، أو حتى لاجراء المقاصة بين الدينين.

هذا بالإضافة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى لم يجعلوا الحقوق والديون فى مرتبة واحدة من حيث الاستيفاء، كما أن استيفاء الديون له طرق متعددة.

وبناء على ذلك ينقسم الفصل التمهيدى إلى:

المبحث الأول: تعريف المال وبيان أقسامه.

وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف المال لغة واصطلاحا وقانونا.
المطلب الثانى: أقسام المال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الثانى: فى التعريف بالعقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى صيغة العقد.
المطلب الثانى: فى محل العقد.
المطلب الثالث: فى العاقد.

المبحث الثالث: فى الالتزام:

وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: فى تعريف الالتزام وبيان عناصره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.
المطلب الثانى: فى تعريف الدين فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الأول

تعريف المال وبيان اقسامه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

وتحته مطلبان:

المطلـب الأول: تعريف المال لغة واصطلاحا وقانونا.
المطلب الثانى: إقسام المال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الأول

تعريف المال لغة واصطلاحا وقانونا

أولا: تعريف المال في اللغة:

المال فى اللغة هو ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة، أو نحو ذلك، أو هو ماتميل إليه النفس أو الطباع وعلى هذا فكل ما لم يكن مملوكا فعلا لايعتبره أهل اللغة مالا.

وكل ما يملكه الانسان ويستولي عليه يسمى مالا(١).

والمال يذكر ويؤنث - يقال هو المال، وهى المال، ويقال تمول، اذا اتخذ مالا وقول الفقهاء ما يتمول، أى ما يعد مالا فى العرف(٢).

---

(١) قال صاحب القاموس المحيط «المال ما ملكته من كل شئ وجمعه اموال»، القاموس المحيط للفيروزا ابادى، مادة، مول ص ١٣٦٨، مؤسسة الرسالة - دار الريان للتراث.
وجاء فى لسان العرب «كل ما يقبل الملك فهو مال عينا كان أو منفعة» لسان العرب - مادة - مول جـ١٤ ص ١٥٨، دار صابر، بيروت ١٣٧٤ هـ.

(٢) والمال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب علي الابل لانها كانت اكثر أموالهم، والمراد بالمال عند أهل البادية والعرب - النعم، المصباح المنير ص ٥٨٩، الصحاح للجوهرى ط ٣ سنة ١٤٠٢ هـ جـ٥ ص ١٨٢١، ١٨٢٢، المعجم الوسيط جـ٢ ص ٨٩٢ ط ٢ دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ.

ثانيا: تعريف المال فى اصطلاح الفقهاء:

اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف المال ويمكن رد تعريفاتهم للمال إلى اتجاهين.

الاتجاه الأول: وهو لفقهاء الحنفية:

وهم يشترطون لاعتبار الشئ مالا امكان احرازه وادخاره فالمال عندهم هو مايمكن أن يحوزه الانسان وينتفع به على وجه معتاد أو هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره واحرازه لوقت الحاجة[1]، وطبقا لهذا الاتجاه لايكون الشئ مالا إلا اذا توافر فيه شرطان.

الأول: امكان الحيازة.
الثانى: امكان الانتفاع المعتاد به.

فكل ما كان فى حوزة الانسان وانتفع به فعلا يعد مالا مثل جميع الأشياء التى نملكها وننتفع بها كالنقود والحيوانات والأرض وغيرها ، وأما مالم يستولى عليه الانسان ولا يدخل فى حيازته ولم ينتفع به فان كان من الامكان أن يتحقق فيه ذلك ، عد من الاموال مثل السمك فى الماء والطير فى الهواء ، فانه من الممكن الاستيلاء عليه والانتفاع به على الوجه المعتاد. والأشياء التى يمكن حيازتها ولكن لايمكن الانتفاع بها انتفاعا يعتد به الناس كقطره من الماء أو حبة من القمح أو حفنة من التراب ، لاتسمى مالا شرعا لانه لاينتفع بها وحدها فلا يعول عليها وكذلك الأطعمة الفاسدة ولحوم الميتة وشحومها لاتسمى مالا ، لأن الشارع أباح الانتفاع بها اذا كانت لحيوان طاهر العين.

ومالية الشئ تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم ولاتزول هذه المالية عنه

(١) غمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموى جـ٤ ص ٦٣٥ دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

إلا بترك الناس كلهم له ، فترك بعض الناس لأشياء لأنها أصبحت غير صالحة لانتفاعهم بها لايزيل اسم المال عنها ما دام امكان الحيازة والانتفاع بها موجوداً بالنسبة لبعض الناس[(١)].

الاتجاه الثاني: الفقهاء:

وهؤلاء لايشترطون فى تعريف المال امكان احرازه وادخاره فالتملك يتحقق باحراز الشئ ولو تبعا «أى بحيازة اصله» ولذلك فالمال عندهم هو «ما يجرى فيه البذل والمنع» أو هو «كل ماله قيمة مالية ويمكن الانتفاع به».

فهم لايشترطون أن يكون الشئ مملوكا فعلا ليكون مالا كما يقول علماء اللغة بل يكفى أن يكون الشئ قابلا للتملك.

فالطير فى الهواء والسمك فى الماء والغزال فى الصحراء والماء فى مجرى النهر والهواء فى الفضاء ، كل هذه الأشياء تعتبر مالا عند الفقهاء ، لانه يمكن تملكها باصطيادها أو بتعبئتها داخل الأوانى والأنابيب.

ولايكفى لاعتبار الشئ مالا عندهم مجرد امكان تملكه وانما لابد أن يكون قابلا للانتفاع به فعلا ليمكن اعتباره مالا.

فاذا كان لاينتفع به كقطره من الماء أو حبة من القمح أو الأرز أو قصاصة من الورق ممزقة وملقاه فانها لاتعتبر مالا فى نظر الفقهاء رغم حيازتها أو امكان حيازتها[(٢)].

(١) كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ، لعلاء الدين عبد العزيز البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ ، جـ١ ص ١٧٢ ط دار صار - بيروت - مصورة عن ط الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية فيه أ.د. محمد مصطفى شلبى ص ٣٣٠ ، ٣٣١ ط دار النهضة العربية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، مذكرات فى الشرعية للمرحوم الشيخ على الخفيف ص ٢٥ ط دار الفكر العربى ، المعاملات الشرعية المالية ، لاحمد ابراهيم بك ص ٥ ط مكتبة دار الانصار سنة ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، لمحمد بن عرفة الدسوقى قـ٣ ص ٢١ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه ، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٢ ص ١٣ ط مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ، روضة (=)

يقول الامام الشافعي: «لايقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه وان قلت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما اشبه ذلك».

وأما المتمول: فذكر الامام له في باب اللقطة ضابطين:

إحدهما: ان كل مايقدر له أثر من النفع فهو متمول وكل مالا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خحارج مما يتمول.

الثاني: أن التمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار والخارج عن المتمول هو الذي لايعرض له فيه ذلك[1].

ومن خلال تعريفات الفقهاء للمال نجد أنهم متفقون على أنه لايكفي لاعتبار الشئ مالا عندهم مجرد امكان تملكه وانما لابد أن يكون قابلا للانتفاع به فعلا ليمكن اعتباره مالا «أي لابد وأن يكون متقوما» وبالتالي فاذا كان لاينتفع به «أي غير متقوم» كقطرة م نالماء أو حبة من القمح أو الأرز أو قصاصة من الورق ممزقة وملقاه فانها لاتعتبر مالاً في نظر الفقهاء رغم حيازتها أو امكان حيازتها.

والفقهاء يشترطون في منفعة الشئ أن يكون الشارع قد أجازها على وجه ماوقت السعة والاختيار لاوقت الضرورة والاكره ، اذ الأحكام انما تبنى دائما على ما يكون معتادا للناس في حالاتهم العادية وعلى مايقع منهم من غير أن

(=) الطالبين وعمدة المفتين للامام محي الدين بن شرف النووي المتوفي سنة ٦٧٦هـ جـ٣ ص ٣٥٠ طبعة المكتب الاسلامي - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، المغني والشرح الكبير ، المغني السابق - ويليه الشرح الكبري على متن المقنع تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن احمد بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢هـ جـ٤ ص ٢٧٢ طبعة دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م. شرح منتهى الارادات لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي المتوفي سنة ١٠٥١هـ - جـ٢ ص ١٤٢ ط دار الفكر.

(١) الأشباه والنظائر ، في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفي سنة ٩١١هـ ، ص ٣٢٧ طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

يكونوا واقعين تحت تأثير ضغط أو ضرورة اذ الضرورات تبيح المحظورات ، فلا تبني عليها القواعد والأحكام ، والحنفية يعتبرون الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال لامكان حيازتها والانتفاع بها لغير المسلمين(١).

وبعض الفقهاء كالشافعي وابى ثور وابن حزم الظاهرى ، يرون أن الأشياء المحرمة مثل الخمر والخنزير لاتعتبر مالا متقوما حتى بالنسبة لغير المسلمين(٢).

مالية المنافع: المنافع جمع منفعة وهى الفائدة المقصودة من الأعيان فمن يستأجر دارا للسكنى ، ومن يستأجر سيارة عامة أو خاصة فانما ينتفع بركوبها ومن يستأجر ثوبا فانه ينتفع بلبسه وقد اختلف الفقهاء فى مالية المنافع على قولين:

الأول: وهو للحنفية ويرون أن المنافع ليست مالاً.
الثاني: وهو لجمهور الفقهاء ويرون أن المنافع مال.

واستدل الاحناف بأن المال هو ما أمكن احرازه لوقت الحاجة والمنافع اعراض تحدث عند طلبها واكتسابها ساعة فساعة وهى قبل طلبها واكتسابها منعدمة ولابقاء لها حيث انها تنعدم حين توجد وتتجدد مع الزمن(٣).

---

(١) فتح القدير، للكمال بن الهمام، شرح الهداية جـ٤ ص ١٩٢ ، والمبسوط لشمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ جـ١١، ص ١٠٢ ، ١٠٥ ، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٣١هـ ، بدائع الصنائع، جـ٥ ص ١٦ ، الأصل، لمحمد بن الحسن جـ١ ص ٢٢١.

(٢) المراجع السابقة ، اختلاف الفقهاء للطبرى المؤرخ والمفسر المعروف والمتوفى سنة ٣١٠هـ ص ١٦٠ ، ١٦١، ط ١ مطبعتى الموسعات والترقى سنة ١٩٠٢هـ ، المحلى للامام محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ، جـ٨ ص ١٤٧ ط دار الفكر العربى - بيروت، الأم جـ٤ ص ١٣١ ، المغنى جـ٥ ص ٢٧١ ، كشف الاسرار عن صول فخر الاسلام البزدوى ، لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، جـ٤ ص ١٥٤١ ط دار صابر بيروت.

(٣) التوضيح شرح التنقيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبى البخارى المتوفى سنة ٧٤٧هـ ، مع منلا خسرو جـ٢ ص ٩٧ وما بعدها ط دار الكتب العلمية، بيروت ، بدائع(=)

واستدل الجمهور بأن الاعيان انما تبتغي وتقتنى طلبا لمنافعها ولولاها ما طلبت وحيازة المنافع متحققة ايضا اذ هى تحاز تبعا لحيازة اصلها ومصدرها فالمنافع لاتوجد إلا محازة بسبب حيازة محلها.

وقد صح أن المنافع وقعت مهرا فى قصة نبى الله موسى واذا صح أن المنافع تقع مهرا فتكون مالا ، واذا كانت مالا فيجوز أن تثبت فى الزمة ، ولهذا تضمن بالتفويت والغصب وفى الاجارة.

ولذا قالوا أن كل مايجرى فيه البذل والمنع يعتبر مالا والمنفعة يتحقق فيها البذل والمنع(١).

والراجح: ما ذهب إليه الجمهور ، فالناس جميعا قد تعارفوا على أن المنافع تعتبر من الأموال.

ثالثا: تعريف المال فى القانون المدنى:

تعريف المال عند فقهاء القانون قريب من رأى جمهور الفقهاء.

حيث عرفه القانون المدنى القديم «بأنه كل شئ نافع للانسان يصلح أن يستأثر به دون غيره ويكون محلا للحقوق».

أما فى القانون المدنى الجديد فالأموال هى: «الأشياء التى لها قيمة اقتصادية، أى الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية "أى معنوية"».

(=) الصنائع فى ترتيب الشرائع ، لابى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ جـ٣ ص ١٤٣٣ مطبعة الامام ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم جـ٤ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ط دار المعرفة.

(١) مغنى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربينى جـ٢ ص ١٠٨ ، ١٠٠ ط الحلبى سنة ١٣٥٢هـ، الخرشى على مختصر خليل لأبى عبد الله محمد الخرشى جـ٦ ص ١٤١ ط دار صادر ، كشاف القناع لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتى جـ٦ ص ٦٨٢ ، طبعة عالم الكتب سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

بعـد أن كـان المال فى نظر القـانون المدنى القـديم ومـعظم التـشـريعـات الأجنبية يعرف بانه الشئ أو بانه الحق[١].

والقانون المدنى المصرى بهذا: اعتبر المنافع من الأموال، كما أعتبر حقوق المؤلفين وبراءات الاختراع وامثالها مالا ولذلك كان المال فى نظر علماء القانون أعم من المال عند الفقهاء[٢].

المطلب الثانى

اقسام المال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

عنى الفقهاء ورجال القانون المدنى ببيان اقسام المال لأن الأحكام تختلف تبعا لاختلاف هذه الاقسام ، فقسموه إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة يفترق بعضها عن بعض فى أوصافها وطبيعتها.

والنظر الفقهى والقانونى فى تقسيم المال ينتهى بالباحث إلى الاقسام الآتية:

١- باعتبار طبيعته إلى عين ودين.
٢- باعتبار استقرار متعلقة وعدم استقراره إلى عقار منقول.
٣- باعتبار تماثل اجزاء متعلقة وعدم تماثلها إلى مثلى وقيمى.
٤- باعتبار حرمته وحماية الشارع له إلى متقوم وغير متقوم.

كما أن هناك أقساما أخرى للمال:

منها باعتبار خصائصه إلى استهلاكى واستعمالى.

---

(١) شرح القانون المدنى المصرى الاستاذ الدكتور/ محمد كامل مرسى جـ١ ص ١٣ - شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال للدكتور/ شفيق شحاتة ص ٢ - نظرية الحق للاستاذ الدكتور/ محمد سامى مدكور ص ١٧١.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣ وما بعدها.

وباعتبار النظر إلى مالكه إلى خاص وعام. ليس مجال البحث فيها هنا.

واشتير فيمات يلى إلى القاسم الرئيسية للمال.

اولا: تقسيم المال باعتبار طبيعته إلى عين ودين:

وأشير إلى تعريف العين فى الفقه الإسلامى والقانونى المدنى المصرى أما الحديث عن الدين فيأتى فى المبحث الثالث من هذا الفصل(١).

أ- تعريف العين فى الفقه الإسلامى:

العين فى اللغة: عند العرب حقيقة الشئ، والعين المال الحاضر ومن كلامهم عين غير دين، والعين النقد، يقال اشتريت العبد بالدين أو بالعين(٢).

أما الاصطلاح: فهى الذات المعينه الموجود، فى الخارج المرئية بالحس كبيت وسيارة وحصان وكرسى(٣).

وجاء فى تعريف الامام الكاسانى للعين بأنها «مايتعين بالتعين»(٤).

فالعين التى يتعلق بها الحق المالى يجب أن تكون ذاتا معينة أى أنها كائن موجود وجودا حقيقيا يمكن استيفاء الحق منه مباشرة وهى مشخصة ومرئية ومحسوسة، يتعلق الحق بذاتها لابمثلها ولابقيمتها.

والحق الثابت على العين مثل حق الملكية.

---

(١) انظر ص   من هذ االبحث.

(٢) مختار الصحاح، مادة عين ص ٤٦٦، لسان العرب، مادة عين ص ٣١٩٨.

(٣) الفروق، المسمى بانوار البروث فى انوار الفروق للقرافى جـ٢ ص ١٣٣، الفرق ٨٧ طبعة مصورة بدار المعرفة، بيروت، القواعد فى الفقه الإسلامى، للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥هـ، ص ٥٤، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، روضة الطالبين جـ٣ ص ٥٠٨ ط ٢ المكتب الإسلامى - بيروت.

(٤) بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢٠٤.

وهو عبارة عما أثبته الشارع الحكيم لانسان على عين معينة بالذات وهى الشئ المملوك اذا قام سببه وانتفى عنه المانع مثل العقد[١].

العين والدين فى القانون المدنى المصرى

بالبحث تبين لى أنه لايوجد فى القانون المدنى المصرى مايطلق عليه العين والدين ولكن يوجد فيه الحق العينى والحق الشخصى.

وأشير هنا إلى الحق العينى أما الحق الشخصى فأتحدث عنه عند الحديث عن الدين وأقسامه.

والحق العينى فى القانون المدنى المصرى:

هو حق يتمثل فى سلطة لشخص تنصب مباشرة على شئ مادى معين.

فهذا الشئ هو مجال القيمة التى تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون فيؤدى هذا إلى وجود سلطة مباشرة للشخص على الشئ ، حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشئ على نحو يختلف مداه بحسب مضمون الحق كحق الملكية وحق الانتفاع ، وحق الرهن.

وصاحب الحق العينى يباشر حقه دون وساطه شخص آخر ، وهذا الحق يظهر فى ذمة صاحبه.

ولكن الواجب العام الذى يقابل الحق والذى يقع علي عاتق الناس جميعا ويقتصر امره على التزام الكافة باحترام الحق لايظهر فى ذمة شخص آخر[٢].

---

(١) الفروق للقرافى جـ٢ ص ٢٠٨ ، الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٨٦ ط الحلبى القاهرة سنة ١٩٣٨م.

(٢) نظرية الحق أ.د. عبد الحى حجازى ص ٤٨ وما بعدها ، مبادئ القانون أ.د. الصدة فقرة ١٦٠ ، المدخل لدراسة القانون أ.د. احمد سلامة فقرة ١٥٩ دوام حق الملكية - دراسة مقارنة أ.د. عبد الرازق حسن فرج ص ٢٢ ، ٢٣ فقرة ١٦ ، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، النظرية العامة للالتزام أ.د. جميل الشرقاوى ص ٤ فقرة ١ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤.

ثانيا: تقسيم المال باعتبار الاستقرار وعدمه إلي عقار ومنقول:

اولا: فى الفقه الإسلامى:

أ- العقار: وهو عند جمهور الفقهاء «مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر وهو الأرض مطلقا سواء أكانت أرضا معده للزراعة أو للبناء أو كانت فضاء دون ماعليها من بناء أو زروع وخلافه»[١].

وخالف فى ذلك المالكية: فقالوا ان العقار هو ماله أصل ثابت لايمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله فالمالكية ينظرون إلى العقار نظره أوسع من تلك التى تجعله قاصرا على الأرض فقط[٢].

ب- المنقول: عند الجمهور هو ما امكن نقله وتحويله من مكان لآخر فيشمل كل شئ غير الأرض من بناء وشجر وزرع وسفن وحيوان ومكيل وموزون، وكل ما يمكن نقله من مكان على أى وجه كان بحالته التى هو عليها أم بغير حالته.

أما عند المالكية: فالمنقول هو ما أمكن نقله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله أى بحالته التى هو عليها كالسيارة والدابة والنقود والحبوب والحيوانات وكل مال مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار ودوام.

والزجع: هو ماذهب إليه المالكية فى تعريف كل من العقار والمنقول لأن الثبات والاستقرار يعتبر بطول البقاء على حالة واحدة عادة كما فى البناء والشجر أو طبعا كما فى الأرض[٣].

---

(١) رد المحتار جـ٤ ص ٢٤٨ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الرملى جـ٤ ص ٦٤٢ ، كشاف القناع جـ٢ ص ٣٧٨.

(٢) الشرح الصغير لاحمد الدردير جـ٢ ص ٢٤٩.

(٣) المذاهب الفقهية ، ابراهيم دسوقى الشهاوى ص ٤٣ شركة الطباعة الفنية المتحدة ، أحكام المعاملات الشرعية الشيخ على الخفيف ص ٣٢ دار الفكر العربى.

ثانيا: فى القانون المدنى المصرى:

اخذ القانون المدنى الجديد بما ذهب إليه الامام مالك وتوسع فى فهم العقار فأدخل فيه بعض المنقولات وسماها عقارا بالتخصيص.

كما أدخل بعض الحقوق العينية المترتبة على العقار م ٨٢ ، ١/٨٣ من القانون المدنى الجديد[1].

وتنص المادة ١/٨٢ «كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول».

٢- ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

م ١/٨٣ يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار ، ٢- ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية.

ثالثا: ينقسم المال باعتبار تماثل اجزائه وعدم تماثلها إلى مثلى وقيمى:

اولا: المثلى:

هو مالا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به وله نظير فى السوق بلا تفاوت أو

---

(١) وانظر نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ «مجموعة القواعد القانونية س ٥ ع ٤ ص ٤٢٠» وقد جاء فيه «تعتبر العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار وتباع معه مال لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ويقع عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه. ويراجع فى الآثار المترتبة على تقسيم المال رلى عقار ومنقول ، بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٢ ، ١٣ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٦٥٢ ، الشرح الصغير جـ٢ ص ٢٤٩ ، المحلى لأبو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، المسألة رقم ١٥٩٤ جـ٩ ص ٨٢ ، ٨٣ ، اعلام الموقعين لأبى عبد الله محمد بن ابى بكر المتوفى سنة ٧٥١هـ جـ٢ ص ٢٤٩ وما بعدها ، الام للامام محمد بن ادريس الشافعى جـ٣ ص ١٢٥ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد بن احمد بن عرفة الدسوقى جـ٣ ص ١٤٤ ، ١٤٦ ، المغنى والشرح الكبير لابو محمد عبد الله بن محمد بن قدامة جـ٤ ص ص ٢٧١ ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، مصطفى احمد الزرقا جـ٣ ف ١١١ ص ١٦٣ دار الفكر العربى.

بتفاوت يسير يتساهل فيه التجار والمتعاملون.

كالمكيلات «الحبوب والزيوت» والموزونات «الذهب والفضة» والمعدومات «البيض والليمون».

والسلع التجارية التى هى من جنس واحد مثل الأحذية والجوارب المتحدة النوع وأدوات الأكل وأوانيه والكتب المطبوعة.

وقد أورد الشافعية عدة أوجه لضبط المثلى[١]، الراجح منها: هو الضابط الذى عرف المثلى بأنه «هو كل مكيل أو موزون جاز السلم فيه وبيع بعضه ببعض» لأنه أدق فى بيان المثلى ، حيث قيد المثلى بجواز السلم فيه ، ولايصح السلم إلا فيما يمكن ضبط ، وتعيينه قدرا ووصفا كالمكيلات ، والموزونات ، والمزروعات والعدديات المتقاربة ، فالمسلم فيه لايكون إلا فى محدد وجواز بيع بعضه ببعض.

وقد يتدخل العرب فيجعل الموزون مكيلا والبلح فى الريف والعكس كالحبوب والزيوت.

وقد يجعل المعدود موزونا كالبرتقال والعكس كالحلوى فى بعض أصنافها والعبرة عند أبى يوسف بالعرف المقارن ، الذى كان موجودا ومستقرا عند التعامل ، اذا كان هناك نص شرعى ورد مقررا للعرف الذى كان متعارفا وقت صدور النص[٢].

ثانيا: المال القيمي :

لم يرد كلام الفقهاء تعريف محدد للمال القيمى وانما أوردوه فى ثنايا الكلام على المسائل الفقهية مثل الضمان أو الغصب ، وهو مقرون دائما بالمال

(١) الأشباه والنظائر للامام السيوطى ص ٢٨٩.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين ابو الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ ص ٧١ ط الحلبى.

المثلى.

فغالبا ما يقولون المثلى ما حصره كيل أو وزن والقيمى خلاف ذلك ويؤخذ من كلان الفقهاء «أن المال القيمى هو مالا تنضبط اجزاؤه بحيث لايقوم أحدها مقام الآخر فى الضمان وذلك كالحيوانات ، فاذا تعدى عليها أحد بالاستهلاك أو الاتلاف وجبت القيمة»[١]، فالمال القيمى هو الذى يعتد بقيمته لابمثله وليس له نظير أصلا كالتحف النادرة أو ماله نظير ولكن بينهما تفاوت يعتد به فى التعامل وذلك فى العقار والمنقول.

والمال القيمى قد يكون له نظائر ولكنها ذات قيمة تختلف عن نظائرها فى العادة مثل الحيوانات من بقر وغنم والطيور من دجاج وأوز والثياب والدور وأراضى الزرع والبناء والسلع التجارية المختلفة الجنس والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة ، وجميع المثليات يمكن اعتبارها من القيميات اذا انعدمتع من السوق واصبح لا يوجد لها مثيل ككتاب مطبوع معين نفدت نسخه من السوق[٢].

المثلى والقيمى فى القانون المدنى المصرى

١- الأشياه المثلية فى القانون المدنى:

هى الأشياء التى لاتتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ويكون لها نظائر فى

(١) جاء فى الدر المختار ، باب ضمان المثلى جـ٦ ص ١٨٥ «والحاصل كما فى الدر وغيره أن كل مايوجد له مثل فى الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فقيمى» ، وجاء فى الفروق للقرافى ، الفرق الثامن عشر بعد المائتين جـ٤ ص ٣٢ «فأما المثلى فهو المكيل والموزون وأما المقوم غير المثلى» ، وجاء فى مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٩١ فى باب الغصب «ويضمن سائر الحيونات بالقيمة تلف أو أتلف وتضمن أجزاؤه تلفت أو اتلفت بما نقص من قيمته لانه مملوك للغير» وجاء فى المغنى جـ٥ ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ مثل ذلك ، وقد عرف الشيخ علي الخفيف القيمى بقوله «البقيمى يطلق علي مالا يقدر من الأموال بكيل ولاوزن ولا عدد» أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٤ ط دار الفكر العربى.

(٢) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى الاستاذ الدكتور/ محمد مصطفى شلبى ص ٣٣٦ ، ط دار النهضة العربية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

الأسواق ولذلك يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء[١].

فهي أشياء تجرى العادة على تعيينها في التعامل بالعدد كالنقود أو المقاس كالقماش ، من نوع معين أو الكيل كالحبوب من نوع واحد ، أو الوزن كالقطن من نوع واحد.

ونصت المادة « ٨٥ » من القانون المدني المصرى على أن الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن.

الأشياء القيمية:

لم ينص القانون المدني صراحة على تعريف للأشياء القيمية عرف الأشياء المثلية ، ولكن شراح القانون المدني قد اخذوا بمفهوم المخالفة المستفاد من تعريف القانون للأشياء المثلية ، وقالوا: ويستفاد من هذا النص أن الأشياء القيمة تكون غير ذلك وقد ذكر شراح القانون للاشياء القيمية تعريفات في بعض الشروح فذكروا أن الاشياء القيمية هي الاشياء التي تتافوت آحادها تفاوتا يعتد به ولذلك لايقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء[٢]، كالأراضي والمنازل والحيوانات وقد لاتتفاوت آحاد الشئ ، ولكن لايوجد له نظير في الأسواق فيعتبر قيميا كنسخة واحدة من كتاب لم يعد في السوق غيرها.

وعرف شراح القانون الأشياء القيمية بأنها التي يتعين كل منها بصفة فيه تخالف صفة الآخر[٣].

ومن خلال هذا العرض لكلام الفقهاء وشراح القانون المدني يتضح لي أنه

(١) نظرية الحق أ.د. عبد الحي حجازى ص ١٩٦ ، مبادئ القانون أ.د. الصدة ص ٣٩٨ ، المدخل لدراسة القانون أ.د. احمد سلامة ص ٢١٤ ، مبادئ القانون أ.د. البدراوى ص ٤٥٢ ، نظرية الحق أ.د. عبد الرازق حسن فرج فقرة ١٠١ ص ٨٣.

(٢) المدخل لدراسة القانون أ.د. احمد سلامة ص ٢١٤ ، مبادئ القانون الاستاذ الدكتور/ الصدة ص ٢٩٩.

(٣) نظرية الحق أ.د. عبد الحي حجازى ص ١٩٧.

لايوجد هناك فارق بين تعريف الفقهاء للمثلى والقيمى وبين تعريف القانون المدنى.

فما عده فقهاء الشريعة الإسلامية مثليا أو قيميا فهو كذلك فى القانون المدنى المصرى.

الفرق بين القيمي والمتقوم:

المتقوم أعم من القيمى ، فالمتقوم يكون قيميا كما يكون مثليا فاذا أتلف انسان مالا متقوما لآخر ضمنه بقيمته ان كان قيميا وبمثله ان كان مثليا أم القيمى فلا يضمن إلا بالقيمة[1].

رابعا: ينقسم المال باعتبار حرمته وحماية الشارع له إلى متقوم وغير متقوم:

١- المال المتقوم: هو الذى له قيمة فى نظر الشريعة الإسلامية وهو ماحيز بالفعل وكان محلا لانتفاع معتاد حال السعة والاختيار وهى الحال التى لايكون الانسان فيها مضطرا إلى الانتفاع به[٢].

فالأساس فى اعتبار المال متقوما هو اباحة الشارع الانتفاع به فى الظروف العادية وذلك كالنقود والدور وغيرها.

وهذا النوع من المال يصلح ان يكون محلا للمعاوضات المالية فالأرض والدور والدابة والسيارة والكتاب والطعام وكل مال مملوك فعلا يعتبر مالا

---

(١) المال والالتزام أ.د. محمد سلام مكذور ص ٦٣.
ويراجع فى أثر التفرقة بين المثلى والقيمى عند التعامل:
الدر المختار جـ٤ ص ١٩١ ، المهذب لأبو أسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازى جـ١ ص ٢٦١ ، المغنى والشرح الكبير جـ٤ ص ٣٥٥ دار الكتاب العربى ، المحلى جـ٨ ص ٨٢ أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٣٦ دار الفكر العربى.

(٢) الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى أ.د. محمد يوسف موسى ص ١٦٤ دار الفكر العربى ١٩٨٧.

متقوما[١].

٢- أما المال غير المتقوم: هو المال المباح الذى لم يكن مملوكا لأحد كالسمك فى الماء والطير فى الهواء ، والغزال فى الصحراء ، أو كان مملوكا فعلا ، لكنه لاينتفع به عادة على وجه يرتضيه الشارع ويجيزه حال السعة والاختيار.

فالمال الذى أهدرت الشريعة الإسلامية قيمته حرمت التعامل فيه ومنعت انتفاعهم به في الظروف العادية كالميتة والخمر فى يد المسلم يعتبر غير متقوم.

وفى القانون المدنى المصرى:

نجد المادة ٧١ مدنى مصرى ونصها: «١- كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية».

٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لايجيز القانون زن تكون محلا للحقوق المالية».

فهذه المادة تفيد أن هناك بعض الأشياء لاتصلح أن تكون محلا للحقوق المالية ، لأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لايستطيع أحد أن يستأثر يحيازتها:

أو لأن القانون يمنع أن تكون محلا للحقوق المالية وما عداذلك فانه يصح أن يكون محلا للحقوق المالية.

ورجال القانون فى هذا التقسيم بعيدون عن الذى يقصده الفقهاء من المتقوم وغير المتقوم.

---

(١) المبسوط جـ١١ ص ١٠٢ ، ١٠٥ ط السعادة بالقاهرة ١٣٣١هـ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٦٤ ، المحلى جـ٨ ص ١٤٧ ، ١٤٨.

ففكرة التفرقة للمال موجودة فى القانون غير أنها ليست مستندة إلى تحريم الشارع بل مبناها منع التعامل قانونا[١].

(١) ويراجع فى الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم ، بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٤٣ ، المهذب جـ ١ ص ٢٦١ ، الأم جـ٤ ص ١٣١ ، المغنى حـ٤ ص ٢٤٥ ومابعدها ، أحكام القانون لأبو بكر احمد بن على المرازى الجصاص جـ٢ ص ٤٣٦ ، الأصل لمحمد بن الحسن جـ١ ص ٢٠٢١.

المبحث الثانى

فى التعريف بالعقد فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

إن للعقد أهمية بالغة فى حياة الناس أفراداً كانوا أو جماعات لأن الحياة لايمكن تصورها بدون تعامل بينهم.

والتعامل بين الناس لايكون إلا بابرام عقود «فردية أو جماعية» «مكتوبة أو غير مكتوبة».

وعلى ذلك فالحياة الإنسانية فى أى عصر من العصور لاغنى لها عن معرفة أحكام العقود، لأنها متصلة بحياتها اتصالا وثيقا.

وأشير هنا بايجاز إلى أركان العقد فى تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: فى تعريف العقد لغة وشرعا وقانونا.

المطلب الأول: فى صيغة العقد.
المطلب الثانى: فى محل العقد.
المطلب الثالث: فى العاقد.

تمهـــيد

فى تعريف العقد
لغـة وشـرعا وقـانونا

أولا: تعريف العقد فى اللغة:

يطلق لفظ العـقـد عند اللغـويين على عـدة مـعـان تدور كلهـا حـول الربط والتـوثيق والشـد والاحكام والالزام والتـوكـيـد سـواء أكـان ذلك فى الأمـور المحسـوسة أم كان فى الأمـور المعنوية يقـال «عـقد فلان الحبل» إذا جمع طرفيـه وربط أحدهما بالآخر ويقال «عقد النية على فعل كذا» اذا أكدها وقواها.

والعقد يطلق لغة على كل مايفيد الالتزام سواء أكان من جانبين كالبيع والاجـارة، أم من جـانب واحـد كـالوقف والهـبـة لوجـود مـعنى الربط والتـوثيق والإحكام[١].

ثانيا: العقد عند فقهاء الشريعة:

يطلق العقد عند فقهاء الشريعة باطلاقين:

الأول: عـــــام: وهو كل تصرف يترتب عليه حكم شرعى سواء أكان تصرفا صادرا من طرف واحد كالوقف والطلاق المجرد والوصية.

أم كان تصرفا صادرا من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة، أو كان متوقفا تمامه على قبول الطرف الآخر كالوكالة.

والعـقـد بهـذا الإطلاق أقـرب إلى مـعناه اللغـوى، ذهب إلى هذا جـمـهـور الفقهاء والجصاص من الحنفية[٢].

(١) لسان العرب جـ١ ص ١٩٦ ، تاج العروس جـ٤ ص ٤٥٦ ، القاموس المحيط باب الدال فصل العين جـ١ ص ٣١٠ ، ٣١٦ ، المصباح المنير ص ٥٧٥ مادة عقد.

(٢) تبيين الحقائق جـ٥ ص ٩١ ، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٢٦ ، مغنى المحتاج جـ٤ ص ٥٠٩ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٥ ، ٦ ، أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٢٨٥ ط دار احياء التراث العربى - بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

الثاني: خـــاص: ويطلق العقد بناء على هذا الرأى على الالتزام الصادر من طرفين كالبيع والاجارة، أما الالتزام الصادر من طرف واحد كالوصية والهبة والطلاق فلا يسمى عقد عند أصحاب هذا الرأى وإنما يسمى تصرفا أو التزاما(١).

ويمكن تعريف العقد بهذا المعنى بأنه: «ارتباط إرادة باخرى على وجه يترتب عليه التزام مشروع»(٢).

ثالثا: العقد عند رجال القانون المدنى المصرى:

«هو ارتباط ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى» وهذا الأثر اما انشاء التزام كالبيع والإجارة والمقاولة أو نقله كالحوالة، أو تعديله كتأجيل الدين أو انهاؤه كالابراء أو فسخ العقد قبل مدته.

ويؤخذ من هذا التعريف: أن مطلق توافق الإرادتين لايسمى عقدا إلا إذا أحدث أثراً قانونيا، فلو اتفق اثنان على أن يخرجا للتنزه فى وقت معين فان توافق الارادتين هنا لايسمى عقدا، لأنه لايحدث أثراً قانونيا(٣).

ويتميز تعريف الفقه الاسلامى للعقد عن تعريفه فى فقه القانون بأنه يبرز الجانب المادى للتراضى، وهو الإيجاب والقبول.

كما يبين أين يكون الأثر الجوهرى للعقد وهو فى محله فهذا هو العقد كما يظهر فى الوجود، أما توافق الارادتين فحسب دون التعبير عنهما بمظهر مادى فلا يكفى لقيام العقد، كما أن الأثر القانونى للعقد إن لم يرد على محل

(١) بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٩٨٩، نهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٥٩، حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٢٦ وم ٢٦٢ من مرشد الحيران.

(٢) فسخ العقد فى الفقه الإسلامى، استاذنا الدكتور/ على احمد مرعى ص ٢ كلية الشريعة، العناية مع فتح القدير جـ٦ ص ٢٤٨، أحكام القرآن لابن عربى جـ٢ ص ٢٢٣، ٢٢٦، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

(٣) الوسيط للاستاذ الدكتور/ عبد الرازق السنهورى ص ١٣٨، النظرية العامة للالتزامات أ.د/ عبد الحى حجازى جـ٢ ص ٢١.

فهو والعدم سواء[١]، والعقد عند شراح القانون لايشمل إلا العقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي.

تكوين العقـــد

المقصود بذلك الأمور التى يتكون منها العقد وهى مايعبر عنها بأركان العقد **والركن عند أهل اللغة:** هو الجانب القوى الذى يعتمد عليه الشئ ومنه ركن البيت وزواياه التى يرتكز عليها[٢].

أما عند فقهاء الشريعة: فقد اختلفوا فى تعريفه:

فذهب الأحناف إلى القول بأن الركن «هو جزء الشئ الذى لايتصور وجوده إلا به».

وعلى هذا فركن العقد عندهم هو الصيغة فقط، أى الإيجاب والقبول، أما العاقدان والمعقود عليه «محل العقد» فليسا ركنين له لأنهما وإن كان لايتصور وجود العقد بدونهما إلا أنهما ليسا من اجزائه الداخلة فيه، بل من لوازمه، لانه يلزم من وجود الإيجاب أن يكون هناك موجب وهو أحد طرفى العقد وكذلك القبول يلزمه وجود قابل وهو الطرف الآخر ووجودهما مرتبطان لايكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط[٣].

وعرفه جمهور الفقهاء: بأنه مالا بد منه لتصور وجود الشئ سواء أكان جزءا منه أو مختصا به، وإن لم يكن جزءا منه وعلى هذا فأركان العقد عند الجمهور ثلاثة هى:

---

(١) نظرية الالتزام، الكتاب الأول - مصادر الالتزام أ.د/ عبد الناصر العطار ص ٢٧، مطبعة السعادة.

(٢) المصباح المنير مادة ركن، مختار الصحاح ص ٢٢٥ ، النهاية فى غريب الحديث جـ٢ ص ١٠٧، المعجم الوسيط جـ١ ص ٣٧٢.

(٣) بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٧٠ ، جـ٧ ص ٢٢١ ، فتح القدير جـ٦ ص ٢٤٨ ، المدخل للفقه الإسلامى أ.د/ محمد مصطفى شلبى ص ٤١٨ ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م دار النهضة العربية.

الصيغة «الإيجاب والقبول» والعاقد «الموجب والقابل» والمحل «المعقود عليه»[١].

وبالتأمل فيما ذهب إليه كل من الفريقين يظهر أن هذا الاختلاف لفظى وذلك لأن جميع الفقهاء متفقون على أن العقد لايوجد فى الخارج إلا إذا وجد عاقدان ومحل وصيغة، لأن الصيغة تستلزم وجود العاقدين والمحل ضرورة، وبناء على هذا اسير فى عرضى لأركان العقد طبقا لما ذهب إليه الجمهور[١].

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٢ ، نهاية المحتاج للرملى جـ٦ ص ٤٠ ، المجموع جـ٩ ص ١٥٧ ، الخرشى جـ٥ ص ٥ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٨ ، ٤٥٧ ، منتهى الايرادات جـ٢ ص ١٥٦ . فتح القدير جـ٥ ص ٧٤.

(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - تاريخه - نظرياته - مصادره . أد/ رمضان على السيد الشرنباصى ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ط ١٩٩٢ / ١٩٩٣ مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة.

المطلب الأول

الصيغـــــــة

المراد بالصيغة تعبير العاقد عن ارادته بما يشعر بوقوع العقد.

وتتكون صيغة العقد من عنصرين هما الإيجاب والقبول: وقد اختلف الفقهاء فى تعريف الإيجاب والقبول.

والإيجاب: كما قال الحنفية هو ماصدر أولا عن أحد العاقدين.
والقبـول: هو ماصدر ثانيا من العاقد الثانى[١].

وذهب جمهور الفقهاء إلى: أن الإيجاب هو ماصدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخرا والقبول هو ماصدر ممن يصير له الملك وان صدر أولا[٢].

وهذا الخلاف شكلى لاتترتب عليه نتائج فى التطبيق لأن مضمون العقد هو اتفاق ارادتين، ولما كانت الارادة أمرا خفيا لا اطلاع لاحد عليها، لانها من الامور الباطنة التى لايعلم بها الا صاحبها، كانت فى حاجة إلى مايظهرها ويفصح عنها من قول يصدر من العاقد ويتلفظ به بلسانه أو قول مكتوب، أو اشارة أو فعل من الأفعال.

وهذا مايسمى فى الفقه الإسلامى بصيغة العقد.
وأتحدث عن الصيغة على عجالة فى فرعين كما يلى:

أولا: بيان الوسائل التى يتم بها الإيجاب والقبول.
ثانيا: الشروط التى يجب توافرها فى الإيجاب والقبول.

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص ٢٤٤.
(٢) شرح الحطاب على مختصر خليل جـ٤ ص ١٣٤ ، شرح المهذب جـ٩ ص ١٦٩ ، فتح العزيز جـ٨ ص ١٠٤ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى أ.د/ رمضان على السيد الشرنباصى ص٢٩٢.

الفرع الأول

الوسائل التى يتحقق بها
الإيجاب والقبول

وهى: ١- اللفظ ٢- الكتابة ٣- الإشارة ٤- الفعل.
وأتحدث عن كل نوع منها فيما يلى:

أولا: اللفظ :

وهو الكلام الذى يعبر به العاقد عن إرادته الخفية، والأصل فى التعاقد أن يكون بالألفاظ إذ هى الأسلوب المعتاد فى التعبير عن الإرادة واظهار الرغبة فى التعامل، ولهذا اتفق الفقهاء على جواز التعاقد بها، بل ان من العقود مالا ينعقد إلا بالقبول كالنكاح، فما دامت العبارة قد اقترن بها مايجنبها احتمال ارادة شئ غير انشاء العقد انعقد العقد بها.

فعقد البيع مثلا ينعقد إذا قال مالك الأرض مثلا بعتك هذه الأرض، أو ملكتها لك، أو وهبتها لك بألف، ثم قال المشترى قبلت أو رضيت ومثل عقد البيع جميع العقود، فالقاعدة فى ابرام العقد هو أن يتم بأى لفظ يفهمه الطرفان طالما أن هذا اللفظ يفى بالغرض ويعبر عن الارادة.

ولايستثنى من هذه القاعدة إلا عقد الزواج فان الفقهاء لم يتفقوا على اللفظ الذى ينعقد به وكذلك عقد السلم(١).

ثانيا: التعاقد بالكتابة :

يرى جمهور الفقهاء أن التعاقد يتم بالكتابة، لأنها السبيل الثانى الذى

---

(١) الهداية جـ٣ ص ١٧ ، الفروق للقرافى جـ١ ص ٨١ ، مواهب الجليل جـ٣ ص ٤٢٩ ، نهاية المحتاج جـ٥ ص ١٦٣ ، مغنى المحتاج جـ٣ ص ٥ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٣ ، ٤، تاريخ التشريع ومصادره للاستاذ/ محمد سلام مدكور ص ٥٢٥ ، تاريخ التشريع الإسلامى للاستاذ الدكتور/ محمد مصطفى شلبى ص ٢٥١.

يقطع فى الدلالة على الإرادة، سواء أكان العاقدان حاضرين أم كان أحدهما غائبا عن المجلس.

لأن الكتابة لاتقل عن اللفظ فى الإفصاح عن الإرادة ما دامت الكتابة واضحة مستبينة «بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها».

والتعاقد بالكتابة يكون غالبا بين غائبين بأن كان احدهما فى بلد والثانى فى بلد آخر فيتعذر الانعقاد بالكلام، فيكون كحالة العجز عن النطق وحينئذ يصح الانعقاد بالكتابة.

ومثل إرسال الكتاب إرسال الرسول لتبليغ الأيجاب، ومجلس التبليغ هو مجلس العقد فيجب أن يقبل فيه(١).

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد صح انعقاد العقد بالكتابة الا عقد الزواج، فلا يصح إلا إذا كان أحدهما عاجزا عن النطق بالعبارة لأن عقد الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين وفى تلك الحالة لايتيسر لهم السماع وبالتالى لايتحقق شرط الشهادة(٢).

وخالف الشافعية الجمهور: فذهبوا إلى عدم صحة انعقاد العقد بالكتابة إلا للضرورة، ولاضرورة موجودة هنا لأن العاقد قادر على النطق، أما كون كل منهما فى بلد فذاك لايعد ضرورة إذ يمكنه أن يوكل من يعقد له، ويتعاقد مع الآخر بالقول(٣).

والراجح: ماذهب إليه الجمهور لأنه يتفق مع مقتضيات العصر وعرف الناس.

---

(١) الهداية جـ٣ ص ١٨ ، أ.د/ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق ص ٤٤٥.

(٢) فتح القدير جـ٥ ص ٧٩ ، تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢١٨ ، بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٨ ، شرح النيل جـ٢ ص ١ ، المحلى جـ٨ ص ٣٠٠.

(٣) المهذب جـ ١ ص ٢٥٦.

ثالثا: التعاقد بالاشارة:

اختلف الفقهاء فى جواز التعاقد بالاشارة.

١- فذهب الجمهور إلى القول بعدم جواز انعقاد العقد بالإشارة للقادر على النطق لأن النطق هو الأصل فى التعبير عن الارادة، ولايلجأ إلى غيره إلا عند الضرورة والقادر على النطق لاتتحقق فيه الضرورة(١).

٢- ذهب المالكية إلى القول بصحة إنعقاد العقد بالإشارة المفهمة مطلقا سواء أكان المتعاقد قادرا على النطق أم لا وسواء أكان ممن يحسن الكتابة أم لا(٢) لأن المطلوب فى انشاء العقود هو التعبير عن الإراة بما يدل عليها، لكنهم استثنوا عقد النكاح، وقالوا بعدم جواز انعقاده بالإشارة من القادر على النطق أو الكتابة لاهميته وخطورته فلا تكفى الإشارة فى انعقاده إلا عند الضرورة، والقانون المدنى الجديد يوافق ماذهب إليه المالكية فى المادة ٩٠م م.

أما إذا كان المتعاقد غير قادر على النطق بأن كان أخرسا.

فالحال لايخلو إما أن يكون ممن يحسن الكتابة أم لا.

فان كان المتعاقد أخرسا ولايحسن الكتابة، فقد اتفق الفقهاء على صحة تعاقده بالاشارة، لأنها تدل على مايريده وتقوم مقام النطق فى الدلالة على الارادة ولأننا لو لم نعتبر الاشارة فى هذه الحالة لأدى ذلك إلى حرمانه من حق العقد وفى هذا ضرر بالغ(٣).

وأما إذا كان المتعاقد غير قادر على النطق وكان ممن يحسن الكتابة فان كان الخرس أصليا، فالراجح أنه تصح تصرفاته بالكتابة لأنها كالنطق فى الدلالة على الإرادة، أما الإشارة فانها دون الكتابة فى الدلالة على الإرادة فلا تقبل مع

---

(١) تكملة الفتح جـ ١ ص ٣٣٨ . الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٦٩ . كشاف القناع جـ٤ ص٢٣٥.

(٢) مواهب الجليل جـ٤ ص ٢٢٩ . والشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣ . شرح الخرشى جـ ٤ ص ٣٠٤.

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٧.

إمكان الكتابة ذهب إلى ذلك بعض الحنفية والمتولى من الشافعية[١].

وذهب جمهور الفقهاء، إلى صحة التعاقد بالاشارة منه ولافرق بين الاشارة والكتابة عند العجز عن التعاقد باللفظ[٢].

رابعا: التعاقد بالأفعال «المعاطاة» :

التعاطى لغة: التناول والمعاطاة المناولة فهى مفاعلة تقتضى فعلا من الجانبين، والمعاطاة: هى التعاقد بالمبادلة الفعلية للعوضين[٣]. وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا وجدت قرينة تدل على عدم الرضا فان العقد لاينعقد، أما إذا لم توجد قرينة تدل على عدم الرضا فان الفقهاء اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: منع انعقاد العقد بالأفعال مطلقا وهو المشهور من مذهب الشافعية وبه قال ابن حزم[٤]، لأن التعامل يجب أن يكون مبنيا على الرضى والرضا أمر خفى لايطلع عليه فانيط الحكم بسبب ظاهر وهو القول فلا ينعقد العقد الا به.

القول الثانى: صحة انعقاد العقد بالأفعال مطلقا وهو مذهب جمهور الفقهاء[٥] لأن الشارع الحكيم لم يجعل للعقود رسما خاصا توجد عليه وانما

---

(١) نتائج الافكار جـ١ ص ١٥٩ ، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٣٠٦.

(٢) تكملة الفتح جـ١ ص ٥٦٢ ، تبصرة الحكام جـ٢ ص ٤ ، الروضة جـ٢ ص ٣٤٩ ، شرح الأزهار جـ٤ ص ١٥٩.

(٣) القاموس المحيط - مادة عطى- باب الياء - فصل العين ص ١٦٤ ط عالم الكتب ، فتح القدير جـ٥ ص ٧٧ ط بولاق سنة ١٣١٦هـ ، المجموع شرح المهذب للنووى جـ٩ ص ١٦٣ ، المغنى جـ٤ ص ٤ ، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ١٠ بلغة السالك لأحمد محمد الصاوى جـ٢ ص ٣٤٣ ط دار احياء الكتب العربية.

(٤) المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ١٦٣ ، المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٣٥٠ مسألة رقم ١٤١٦ ط دار الفكر.

(٥) فتح القدير جـ٥ ص ٧٧ ، رد المحتار جـ٤ ص ١٥ ، بلغة السالك جـ٢ ص ٣٤٣ ، جواهر الاكليل جـ٢ ص ٢ ط دار احياء الكتب العربية، المغنى جـ٤ ص ٤ ، كشاف القناع جـ٣ ص ١٤٨ ط دار الفكر.

جعل الأساس فى انشائها هو التراضى، وكل مادل على وجود التراضى فهو معتبر فى نظر الشارع والأفعال الواضحة لاتقل عن غيرها فى الدلالة.

القول الثالث: التفصيل بمعنى أن العقد يجوز انعقاده بالأفعال فيما تعارفه الناس من الاشياء اليسيرة مثل شراء الصحف والمجلات، وأما الأشياء النفيسة فلا يصح التعاقد عليها بالأفعال وذهب إلى هذا الكرخى وابن سريج وابن الجوزى وهو مذهب الزيدية ورواية عن الامام احمد(١).

الراجح: وأرى أن الراجح من هذه الأقوال هو القول الثالث القائل بالتفصيل لأن عادة الناس جرت على جواز التعاقد على الأشياء الهينة بالأفعال أما الأمور النفيسة فلا يكتفون فيها بالمعاطاة فى العادة والعرف معتبر فى حالة عدم وجود نص، فهذا القول يتفق مع مقتضيات الوقت ومتطلبات الظروف وحاجة الناس.

والقانون المدنى المصرى:

أخذ بالقول الثانى «الإجازة مطلقا».
فقد نصت المادة ٩٠ م م على أن:

١- التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

ومثال التعبير باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود، عرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان اثمانها يعتبر

(١) فتح القدير جـ٥ ص ٧٧ ، المجموع جـ٩ ص ١٧١ ، المغنى جـ٣ ص ٥٦١ ، كشاف القناع جـ٣ ص ١٣٧ ، الروض النضير جـ٣ ص ٤٢٦ ، فتاوى ابن تيمية جـ٢ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨.

ايجابا صريحا.

ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو نحو ذلك، كل هذا يعتبر تعبيرا صريحا.

الفرع الثانى

الشروط التى يجب توافرها
فى الإيجاب والقبول

لما كانت الارادة من الأمور الباطنة وكانت الصيغة «الإيجاب والقبول» هى التى تظهر ارادة كل من الموجب والقابل.

اشترط الفقهاء فيها شروطا لابد من توافرها لانعقاد العقد وهذه الشروط هى:

١- الوضوح ٢- التطابق ٣- الاتصال ٤- البقاء.

١- أما الوضوح: فيقصد به أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على إرادة العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل فى الإيجاب والقبول فى كل عقد تدل لغة أو عرفا على نوع العقد الذى يريد المتعاقدان ابرامه وذلك لأن العقود تختلف فيما بينها فى موضوعها وأحكامها.

وعلى هذا، فاذا لم يعرف على وجه التحديد العقد الذى يريد المتعاقدان إبرامه فانه لايمكن الزامهما بالآثار المترتبة عليه[١].

٢- وأما التطابق: فيقصد به موافقة القبول للإيجاب، وتتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد، سواء كانت الموافقة حقيقية أو ضمنية كما يشترط لكى يحدث التطابق أن تكون موافقة القبول للإيجاب فى جميع الجزئيات[٢].

٣- الأتصال: فيشترط لانعقاد العقد صحيحا اتصال القبول

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٥٧.

(٢) بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٦ ، فتح القدير جـ٥ ص ٧٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٦ ، قليوبى وعميرة جـ٢ ص ١٥٤ ، كشاف القناع جـ٢ ص ٣ ، المدخل للفقه الإسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٠٠.

بالإيجاب وهذا الشرط لاخلاف فيه بين الفقهاء.

وإنما الخلاف بينهم فيما هو المراد بالاتصال.

فعند جمهور الفقهاء هو اتحاد المجلس بحيث يصدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد حتى لو تأخر القبول بعض الوقت عن صدور الإيجاب(١).

وذهب الشافعية: إلى أن المراد بالاتصال هو صدور القبول عقب صدور الإيجاب فورا بحيث لايطول الفصل بين الإيجاب والقبول وأن لايتخللهما كلام أجنبى، فلا يتحقق الاتصال تفرقا من المجلس أو لا(٢).

والراجـــــح: ما ذهب إليه الجمهو لأن فيه توسعه وتيسيرا على الناس ولأن فى ذلك تدبرا وتأملا وتروى للطرفين.

هذا ويستثنى من شرط اتصال القبول بالايجاب فى المجلس الوكالة والوصية والايصاء(٣).

موقف القانون من هذا الشرط:

وافق القانون المدنى المصرى رأى جمهور الفقهاء فى عدم اشتراط صدور القبول عقب صدور الايجاب فورا.

واعتبر القانون مجلس العقد قائما -فى حالة التعاقد بين حاضرين طالما بقى الطرفان على اتصال مباشر من غير فاصل زمنى بين صدور القبول وعلم الموجب به، سواء أكان العاقدان فى مكان واحد أم كان كل واحد منهما فى مكان كما فى حالة التعاقد بطريق التليفون أو المراسلة وينتهى المجلس -فى

---

(١) بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٧ ، حاشية الصاوى جـ٣ ص ١٧ ، الحطاب جـ٤ ص ٢٣ ، غاية المنتهى جـ٢ ص ٤.

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٥ وما بعدها، المجموع جـ٩ ص ١٦٩ ، مصادر الحق للسنهورى جـ٢ ص٢.

(٣) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ١٧٩ دار الفكر العربى.

هذه الحالة- بانصراف أحد العاقدين أو كليهما عن التعاقد إلى أمر آخر حتى ولو بقيا فى مكان واحد.

فالفقرة الثانية من المادة (٩٤) من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «يتم العقد ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد».

ويقول الاستاذ الدكتور/ السنهورى عند شرح هذه المادة: «إن القانون أخذ هذا من المذهب الحنفى»[١].

ثم قال فليس من الضرورى أن يكون القبول فورا، بل يصح أن يكون متراخيا بشرطين:

الشرط الأول: أن يظل كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد، فاذا انصرف أى واحد منهما إلى شئ غيره اعتبر مجلس العقد منتهى وسقط الإيجاب.

الشرط الثانى: أن يظل الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه اثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما.

٤- البقاء: والمراد به أن يظل الإيجاب قائما حتى يصدر القبول فى المجلس فاذا سقط الإيجاب لأى سبب من الأسباب فان القبول الصادر بعد سقوطه لاينعقد به العقد لأنه لم يتصل بايجاب موجود.

وأسباب سقوط الإيجاب هى[٢]:

١-رجوع الموجب عن إيجابه.

---

(١) الوسيط ص ٢٠٣، ٢١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٢١، بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٤، فتح القدير جـ٥ ص ٧٨(=)

٢- خروج الموجب عن أهليته.

٣- رفض الإيجاب.

٤- انقضاء مجلس العقد.

٥- هلاك محل التعاقد.

وفى القانون المدنى المصرى:

إذا لم يحدد الموجب مدة معينة للقابل فانه يصح له الرجوع فى مجلس العقد ما دام لم يصدر قبول من الطرف الآخر.

أما اذا حدد الموجب فترة معينة للقابل فانه يلتزم بها، ولايصح له الرجوع عن إيجابه فى تلك المدة م ٩٣ ، ٩٤ مدنى مصرى.

ويستخلص من المادة ٩٢ مدنى مصرى.

أن الأيجاب لايبطل بموت الموجب أو بفقده أهليته قبل قبول من وجه اليه الإيجاب وإنما ينتقل إلى من يقوم مقامه فى ذلك «وهم الورثة فى حالة الموت، والقيم فى حالة فقدان الأهلية».

بالصفة التى كان بها عند الموجب.

فان كان الإيجاب ملزما انتقل إليه بنفس هذه الصفة وإن كان غير ملزم انتقل إليه بهذه الصفة كذلك[١].

(=) الفتاوى النهدية جـ٣ ص ٨ ، مواهب الجليل جـ٤ ص ٢٤١ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٦ ، شرح كتاب النيل جـ٩ ص ١١ ، مذكرة فى بيان الالتزامات فى الشرع الإسلامى للاستاذ المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم ص ٥٤ ، الاموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى أ.د/ محمد يوسف موسى ص ٦٦٢ ط ١٩٨٧م.

(١) الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٨٥ وما بعدها ، مصادر الالتزام أ.د/ الصدة ص ١٠٢ ، ١٠٦.

المطلب الثانى

محـــل العقـــد

محل العقد هو الشئ أو العمل المعقود عليه، وهو مايظهر فيه أثر العقد وحكمه، فهو الغرض من العقد والمقصود منه، ويصح أن يكون مالا أو منفعة أو عملا، كما فى عقد البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة إلى غير ذلك من ضروب العقود[١]، وقد ينظر إلى محل العقد باعتبار أنه العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وانه، فعقد البيع يبرم لنقل ملكية المبيع الى المشترى وأداء الثمن للبائع فكان محل البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشترى وأداء الثمن للبائع[٢].

وقد يكون شئ ما صالحا بطبيعته لأن يكون محل عقد من العقود ولكن قد يعرض له شرعا أو قانونا أو عرفا ما يجعله غير صالح لأن يكون كذلك ومن أجل هذا، نرى الفقهاء ورجال التشريع والقانون قد عنوا ببيان الشروط التى يجب توافرها فى هذا الشئ أو ذاك، حتى يصلح لأن يكون محل عقد من العقود.

وهذه الشروط اجمالا هى:

١- أن يكون قابلا للتعامل فيه شرعا.
٢- أن يكون مقدورا على تسليمه.
٣- أن يكون معلوما للعاقدين.

وأشير إلى هذه الشروط بشئ من الإيضاح لمعرفة موقف الفقهاء وبيان حقيقة الشرط.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٣٠ دار الفكر.

(٢) السنهورى جـ١ ص ١٨٢ ، أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٧ ، أ.د/ عبد الحى حجازى جـ١ ص ٩٦ ، أ.د/ الصدة ص ٢٣٠ ، طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى مجلة القانون والاقتصاد ٢٤ ص ١٩٤ - ٢٦٨.

الشرط الأول: أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه شرعا:

فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد شرعا لم يصح العقد.
وعدم قبوله لحكم العقد يرجع إلى أسباب أذكر منها مايلى:

١- أن يكون الشئ -موضوع العقد- ليس بمال فى نظر الشارع مثل لحم الميتة وقد يكون مالا ولكنه غير متقوم، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم[١].

٢- أن يكون محل العقد قد نهى عنه الشارع لحكمه كالمحافظة على الآداب العامة والأخلاق، كما فى استئجار النائحة للنوح واستئجار الذمى للمسلم لعمل الخمر له، فاذا تم العقد على شئ نهى الله عنه فان العقد يكون غير صحيح.

٣- أن يكون محل العقد غير مملوك كالطرق العامة والكبارى والترع والمصارف.

٤- أن يكون محل العقد غير مملوك فى الحال كالسمك فى البحر والطير فى الهواء.

٥- أن يكون محل العقد غير منتفع به كالحشرات والعقارب والطيور التى لاتؤكل ولاتصطاد كالحدأة، فانه لايصح أن يكون محلا للتعاقد.

أما إذا كان منتفعا به أصلا ولكن الانتفاع به غير مشروع كالآت اللهو والطرب، فان جمهور الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز بيعها خلافا لأبى حنيفة[٢].

الشرط الثاني: أن يكون محل العقد مقدورا على تسليمه:

---

(١) المبسوط جـ١١ ص ١٠٢ ، ١٠٦ ، ط السعادة - القاهرة ١٣٣١هـ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٦٤.

(٢) الشرح الصغير جـ٣ ص ٢٤ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٢ ، بدائع الصنائع جـ٥ ص ٤٤ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للاستاذ الدكتور/ محمد مصطفى شلبى ص ٣٠٢.

فان كان غير مقدور على تسليمه كالبعير الشارد والمال المفقود أو المسروق لايصح أن يكون محلا لعقد من العقود سواء أكان عقد معاوضة كالبيع أم عقد تبرع كالهبة والوصية.

خلافا للمالكية: فانهم لا يشترطون هذا الشرط فى عقود التبرعات لأن عقود التبرعات من قبيل الاحساس والبر فيتوسع فيها اكثر مما يتوسع فى عقود المعاوضات رحمة بالناس ورفقا بالمحتاجين[١].

الشرط الثالث: أن يكون محل العقد معلوما للمتعاقدين:

يشترط الفقهاء فى محل العقد أن يكون معلوما للمتعاقدين علما ينفى الجهالة الفاحشة، وهى الجهالة التى تثير النزاع بحسب الغالب من أحوال الناس وخاصة فى عقود المعاوضات المالية، كجهالة ناشئة عن الجهل بجنس المحل، أو عن تفاوت كبير فى قيم آحاده أو عن عدم العلم بوجوده فالعقد باطل.

أما إذا كانت الجهالة يسيرة فيصح العقد معها لأنها مغتفرة فى عرف الناس ولاتؤدى إلى النزاع بينهم كجهالة النوع فى بعض الحالات فلا يضر بالعقد[٢].

ويتم العلم بالمحل المعقود عليه عن طريق رؤيته أو الإشارة إليه أو وصفه.

فاذا كان المحل المعقود عليه شيئا حاضرا فالعلم به يكون برؤيته، وأجاز بعض الفقهاء الاشارة إليه كوسيلة كافية للعلم به كقولك بعت لك هذه الفرس بخمسمائة جنيه مصرى «مثلا»، بينما اعتبر البعض الآخر وصفه كافيا للعلم به اذا كانت فى رؤيته مشقة وذلك ببيان النوع والجنس والمقدار.

---

(١) المراجع السابقة. ومواهب الجليل جـ٤ ص ٢٩٤ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى أ.د/ رمضان على السيد الشرنباصى ص ٣٣٩.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٣٨ ، المهذب جـ١ ص ٢٦٥ ، المبسوط جـ١٣ ص ١٢ ، ١٣ ، شرح الخطاب على مختصر خليل جـ٤ ص ٢٦٦ ، أعلام الموقعين جـ١ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨.

أما الشئ الغائب فالعلم به يتم بوصفه وصفا يمنع الجهالة الفاحشة فاذا كان شيئا قيميا كأرض أو حصان فوصفه يتم ببيان أوصافه الذاتية.

وإذا كان شيئا مثليا كقمح أو برتقال أو قماش أو بيض فوصفه يتم ببيان جنسه ونوعه ومقداره ويكفى بيان جنسه ونوعه اذا عرف مقداره من ظروف التعاقد كشراء بيض دجاج بمائة قرش بسعر البيضة عشرة قروش.

وقد اثبت الفقهاء لمن لم ير الشئ الغائب الخيار إذا رآه سواء وصف له من قبل أم لم يوصف(١).

شروط محل العقد
فى القانون المدنى المصرى

أشترط فقهاء القانون المدنى المصرى فى محل العقد شروطا ثلاثة هى:

١- أن يكون محل العقد موجودا، وذلك إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى، كما فى حالة التزام البائع بنقل ملكية شئ معين بالذات.

أما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل فلا يشترط أن يكون موجودا، بل يكتفى فيه بامكان وجوده فى المستقبل.

وبناء على هذا اجاز القانون بيع الشمر قبل إنباته، والثمار قبل بدو صلاحها، والمنزل قبل بنائه، والمصنوعات قبل صنعها وهكذا.

٢- أن يكون محل العقد معينا بذاته، أو على الأقل بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا.

٣- أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه، ولذا فلا يجوز العقد على

---

(١) حلية العلماء، تأليف أبى بكر محمد بن أحمد القفال الشاشى ص ٥٠٧ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢٦٥ المجموع جـ٩ ص ٣٠١ ، المغنى جـ ٣ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ١٩٠ ، الفروق للقرافى جـ١ ص ١٩٤.

مايخالف النظام العام أو الآداب، بمعنى أنه إذا كانت طبيعة الشئ أو الغرض الذى خصص له يأبى التعاقد عليه أو كان التعامل فيه غير مشروع قانونا فان العقد عليه يكون باطلا.

وبناء على ذلك فان القانون المدنى يضع التعامل فى الأشياء التى تخرج بطبيعتها عن دائرة التعامل، وهى التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر والمقصود هو عدم القابلية للتعامل فى مجموع الشئ، أى فى أشعة الشمس جميعها والهواء جميعه وماء البحر كله، لأنه عند امكان حصر أشعة الشمس فى نطاق خاص وضغط الهواء فى حيز محدود، وأخذ جزء من ماء البحر لغرض ما، فانه يصح أن يكون ذلك محلا لحق مالى.

كما قرر القانون بخروج الشئ عن التعامل مراعاة للغرض الذى خصص له هذا الشئ، ويكون ذلك إذا دخل الشئ فى نطاق الأموال العامة، فهذه لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

كما منع القانون التعامل فى الأشياء المحرمة التى يرى المشرع أن التعامل فيها يخل بالنظام العام، كالمخدرات، فهذه لاتكون قابلة للتعامل إلا فى حالات محدودة، كأن تستعمل لأغراض طبية.

ومما تقدم أرى، أن القانون لم يشترط فى محل العقد أن يكون مقدورا على تسليمه وقت العقد، ولذا فانه أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد ولكنه سيوجد فى المستقبل.

---

(١) مصادر الالتزام أ.د/ عبد المنعم الصدة ص ٢٣٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

العاقـــــــــــد

عرفنا أن العقد لاينشأ إلا من إيجاب وقبول دالين على إرادتين متوافقتين على انشائه.

ولايصلح كل الناس لانشاء العقود، فمنهم من تُعد عبارته لغوا من القول، فلا ينشأ عنها أى التزام بل ولا أى أثر، ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود، فيترتب عليها بعض الآثار ترتبا مطلقا أو مقيدا بموافقة ارادة أخرى ولايترتب عليها بعضها الآخر.

ومنهم من يستقل بانشاء جميع العقود بعبارته فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب.

واختلاف الناس فى ذلك يرجع إلى اختلافهم فى أمرين الأهلية والولاية فمن فقدهما معا لم يكن لعبارته أثر لانعدام قصده وارادته، ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والالتزامات ونفذت ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر(١).

فالعاقد سواء أكان موجبا أم قابلا، اما أن يبرم العقد لنفسه واما أن يبرمه نيابة عن غيره.

فاذا كان يبرمه لنفسه فلا بد من توافر أهلية إبرامه فيه أما إذا كان يبرمه لحساب غيره فيجب زيادة على توافر شرط الأهلية أن تكون لديه سلطة أو ولاية لابرام هذا العقد.

وهذه السلطة إما أن يكون مصدرها الشرع فتكون ولاية أو القضاء

(١) أحكام المعاملات الشرعية، الاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٣٥ ، ٢٣٩ دار الفكر العربى، الفقه الإسلامى - المدخل ونظرية العقد - فضيلة الاستاذ/ عيسوى احمد عيسوى ص٤٤٤ مطبعة دار التأليف.

فتكون وصاية أو الاتفاق فتكون وكالة.

فاذا لم تتوافر للعاقد سلطة الإبرام سمى فضوليا.

وأشير فيما يلى بايجاز إلى الأهلية.

واتحدث عن الاهلية فى الفروع الآتية:

الفـــرع الأول: تعريف الأهلية.

الفرع الثانى: أنواع الأهلية

الفرع الثالث: الأمور التى تعرض للأهلية (عوارض الأهلية).

الفرع الأول

تعريف الأهليـــة

الأهلية فى اللغة: هى الصلاحية مطلقا.

يقال فلان أهل لعمل كذا اذا كان صالحا للقيام به، ويقال فلان أهل لهذا العقد إذا كان صالحا للقيام به أو لطلبه منه أو لاستحقاقه له[١].

وعند الفقهاء: هى صفة يقدرها الشارع فى الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه[٢].

---

(١) مختار الصحاح - باب الألف، فصل الهاء، ص ٣١ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ٣٢ مادة أهل ط بيروت مصورة عن ط دار المعارف سنة ١٣٩٣ هـ سنة ١٩٧٣م توزيع دار الباز بمكة المكرمة، الصالح للجوهرى جـ٤ ص ١٦٢٨ ، ١٦٢٩ ط ٢ بيروت.

(٢) كشف الاسرار عن اصول البزدوى، لعبد العزيز البخارى جـ٤ ط الشركة الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ ، التقرير والتحبير جـ٢ ص ٦٤ ، التلويح عند التوضيح جـ٢ ص ١٦١ ، ١٦٢ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان توزيع دار الباز بمكة المكرمة ، حاشية الرهاوى على المنار ص ٩٣٠ ، التعريفات للجرجانى ص ٤٠ ، المكتبة الفيصلية - مكة المكرمة.

الفرع الثانى

انواع الأهليـــة

الأهلية قسمان أهلية وجوب وأهلية أداء:

اولا: أهلية الوجوب:

هى صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أى صلاحيته لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات، وبعبارة أخرى صلاحية الشخص للإلزام والالتزام(١).

وأساس ثبوت هذه الأهلية الحياة، ولهذا كانت موجودة فى كل إنسان من بدأ ظهور الحياة فيه إلى انتهائها، سواأ كان صغيرا أم بالغا وسواء كان عاقلا أم مجنونا وسواء كان رشيدا أم سفيها، حرا أم عبدا.

ولهذه الأهلية عنصران:

١- عنصر إيجابى، وهو كسب الحقوق بأن يكون دائنا وهو عنصر الالزام أو الدائنية.

٢- وعنصر سلبى، وهو صلاحية الشخص لتحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مدينا وهو عنصر الالزام أو المديونية(٢).

أهلية الوجوب:

أهلية الوجوب نوعان ناقصة وكاملة .

(١) كشف الاسرار جـ٤ ص ٢٣٧ ، شرح التلويح على التوضيح جـ ص ١٦١ ، تيسير التحرير لمحمد بن امين المعروف بأمير بادشاه جـ٢ ص ٢٤٩ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- توزيع مكتبة الباز بمكة المكرمة - مرآة الأصول ص ٩٠ ، ٩١ ، شرح المنار ص ٩٣٠ ، ٩٦٣.

(٢) شرح المنار لعز الدين بن عبد اللطيف جـ٢ ص ٩٣٦ ، المطبعة العثمانية بالهند سنة ١٣١٥هـ، وهبة الزحيلى جـ٤ ص ١١٧.

١- أهلية الوجوب الناقصة:

هى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وهى الحقوق التى لاتحتاج إلى قبول وذلك كالوصية والارث والاستحقاق فى الوقف وثبوت النسب وهذه الحقوق فيها منفعة له دون أن تلزمه حقوقا لغيره[١].

وتثبت أهلية الوجوب الناقصة للجنين وهو فى بطن أمه «من وقت العلوق بالرحم وتستمر حتى يولد الانسان» بناء على أن ذمته ناقصة لأنه جزء من أمه، حيث إن قراره وانتقاله بقرار الأم وانتقالها[٢].

٢- أهلية الوجوب الكاملة:

وهى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه وتثبت هذه الأهلية للشخص بمجرد الولادة حيا وتستمر حتى الوفاة ولاتتأثر بصغر أو كبر، ولابصحة ولامرض فهى ثابتة للانسان فى جميع أطوار حياته.

علاقة أهلية الوجوب بانشاء العقود:

أهلية الوجوب بنوعيها ليس لها أثر فى انشاء العقود فقد تكون كاملة ولايكون صاحبها أهلا لإنشاء أى عقد كالصبى قبل التمييز.

ثانيا: أهلية الأداء:

يراد بأهلية الأداء أهلية المعاملة والتصرف، أى هى صلاحية الشخص لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا[٣].

---

(١) شرح المنار ص ٩٣٨ ، كشف الاسرار جـ٤ ص ١٣٦٠.

(٢) شرح ابن ملك على المنار ص ٩٣٨ ، شرح التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٣ ، كشف الاسرار عن اصول البزدوى جـ٤ ص ٢٤٠ ، التقرير والتخبير جـ٢ ص ١٦٥.

(٣) كشف الأسرار جـ٤ ص ١٤٨ ، مرآة الأصول ص ٣٢١ ، مسلم الثبوت لمحب الله ابن عبد الشكور ١٤٠٣ هـ مصورة عن ط الاميرية سنة ١٣٢٤هـ ، شرح التوضيح لمتن التنقيح جـ١ ص ٩١ ، التقرير والتخبير ص ١٦٤ شرح المنار ص ٣٣٧.

ومعنى صلاحية الشخص «أى أن يكون صحيح العقل والبدن».

ومعنى على وجه يعتد به شرعا «أى يكون الفعل أو القول الذى يصدر على وجه يقره الشارع، فتثبت له حقوق نحو الغير، كما يجب عليه الالتزامات التى يلتزم نحوه غيره.

وتعريف فقهاء القانون المدنى لأهلية الأداء قريب من هذا حيث إنهم عرفوها بأنها «صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لاثارها القانونية فى حق نفسه»[1].

مناط أهلية الأداء:

مناط هذه الأهلية: التمييز والعقل لاالحياة فقط، لأن التمييز هو الذى يجعل الشخص مدركا لعبارته فأهما ما يقصد بها وما ينتج عنها فيعرف أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش واليسير، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولابتمييزه.

ومن ثم تترتب النتائج الآتية:

١- أن المجنون والصبى غير المميز والمعتوه لايتصفون بأهلية الأداء إذا لا أثر لعبارتهم وان كانت أهلية الوجوب فيهما كاملة.

٢- أن العاقل البالغ الرشيد كامل الأهليتين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

٣- ان ثبوت أهلية الاداء يستلزم ثبوت أهلية الوجوب دون العكس[2].

---

(١) الوسيط جـ١ ص ٢٦٨، النظرية اللعامة للحق للدكتور/ شفيق شحاتة ص ٧٢.

(٢) بيين الحقائق جـ٥ ص ١٩١، حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣، والمجموع شرح المهذب للنووى جـ٧ ص ٢٨، الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ١ ص ١٣٩٦ ط١ مطبعة السنة المحمدية، تحقيق حامد الفقى، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٤ ط محمد صبيح واولاده، التقرير والتخبير جـ٣ ص ١٦٤ المطبعة الاميرية الكبرى.

مناط أهلية الوجوب عند فقهاء القانون المدني:

ماذهب إليه فقهاء القانون المدنى من حيث مناط أهلية الأداء قريب من مذهب علماء الفقه الإسلامى، فهم يرون أن المناط فيها التمميز، وهو يوجد اذا توافرت للشخص الارادة اللازمة لتفهم ماهية العمل ونتائجه وانه لاوجود لها قطعيا فيمن فقد التمييز تماما.

وأنها تكون ناقصة فيمن لم يستكمل التمييز وتصبح كاملة عند من استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير.

وقد حدد القانون المدنى المصرى سن التمييز ببلوغ الصبى السابعة من عمره وقضى بهذا التحديد على ماقد يثور من اعتراضات فيما لو ترك الامر لتقدير القاضى تبعا لظروف كل قضية على حدة م ٢٤٥ م م[١].

أقسام أهلية الأداء:

قسم الفقهاء أهلية الأداء إلى أهلية أداء ناقصة وأهلية أداء كاملة وذلك بحسب نقصان العقل وكماله كما يلى:

اهلية الأداء الناقصة:

هى صلاحية الإنسان لصدور بعض الأفعال منه دون البعض الآخر والاعتداد بها شرعا وهى ثابتة للصبى المميز والمعتوه فهؤلاء هم ضعيفوا الأهلية أو ناقصوها.

أما الصبى الذى لايميز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية لفقدهم التمييز ويلحق بهؤلاء فى بعض الأحكام المحجور عليه للسفه أو للغفلة أو للدين، وكذلك المريض مرض الموت[٢].

(١) المدخل للقانون الخاص أ.د./ عبد المنعم البدراوى ص ١٤٢ ، نظرية الحق للدكتور/ نعمان جمعة ص ٢١٣ ، ٢١٤.

(٢) مسلم الثبوت جـ١ ص ١٥٦ ، كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، وحاشية الازميرى على مرآة الأصول جـ٢ ص ٤٣٦.

ولما كان مناط أهلية الأداء الناقصة هو التمييز لزم الأمر منا التعريف به.

والتمييز لغة:

مصدر ميز «بتشديد الياء» والميز/ باسكان الياء والتمييز بمعنى واحد وهو الفصل بين المتشابهات، يقال مازه ، يميزه ، ميزا وميزه تمييزا قال الله تعالى: ﴿ليميز الله الخبيث من الطيب﴾[1].

أما فى الاصطلاح:

فقد اختلف الفقهاء فى تعريف المميز إلى مذاهب.

والراجح هو تعريف الحنفية، والمميز عندهم هو الذى يعرف بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويقصد بالبيع والشراء تحصيل الربح والزيادة[2].

لأنه يدل على أن المميز هو من تكون له الخبرة والدراية الكافية بالعقود ويذلك يفهم الآثار المترتبة على المعاملات.

سن التمييز:

اختلف الفقهاء فى هذا إلى مذهبين:

١- يرى بعض الحنفية وبعض الحنابلة، أن سن التميز تقدر بسبع سنين واستدلوا بقول رسول الله -ﷺ-: «مروا أولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع سنين،

---

(١) سورة الانفال من الآية: ٣٧ ، الصحاح جـ٣ ض ٨٩٧ ، المعجم الوسيط جـ٢ ص ٨٩٣ ، مختار الصحاح ص ٦٤١.

(٢) تبيين الحقائق جـ٥ ص ١٩١ ، الخرشى على مختصر خليل جـ٢ ص ٢٨٢ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى جـ٢ ص ٣ و جـ٣ ص ٥ ، المجموع شرح المهذب للنووى جـ٧ ص ٢٨، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ١ ص ١٣٧٩هـ مطبعة السنة المحمدية - تحقيق حامد الفقى . والمدخل لدراسة الفقه الإسلامى أ.د/ رمضان على السيد الرشنباطى ص ٢٤٠ وما بعدها.

واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع»[١].

فلو لم يكونوا مميزين فى هذا الوقت ماكان فى أمرهم بها فائدة، وهذه هى طبيعة أهلية الأداء الناقصة، فبلوغ السابعة يعرف به أن الصبى قد وصل إلى درجة من الفهم والإدراك ليس لمن دونه فى السن.

٢- أما عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة. فالتمييز لاينضبط بسن مخصوص، بل يختلف باختلاف الافهام[٢].

وأرى أن الراجح: هو المذهب الثانى فالتمييز لاينضبط بسن مخصوص بل يختلف باختلاف الأفهام بدليل أننا نرى من الصبيان قد وصلوا إلى أكثر من سن السابعة ورغم ذلك لايدركون شيئا من أحكام العقود أو المعاملات فى الحياة.

ويمكن الرد على ما استدل به أصحاب الرأى الأول من الحديث، أن أمر الأولاد بالصلاة فى الحديث الشريف فى سن السابعة لا يلزم منه أن السبع معيار التمييز وإنما يؤمرون للتعود.

أهلية الأداء الكاملة:

وهى صلاحية الانسان لصدور جميع الأفعال منه والاعتداد بها شرعا وعدم توقفها على رأى غيره.

وهى مرتبطة بالبلوغ والرشد، لأن البلوغ تعتدل العقول عنده فى الاغلب فأقيم البلوغ مقام اكتمال العقل تيسيرا على العباد.

(١) المبسوط جـ٢٤ ص ١٦٢ ، الانصاف جـ١ ص ٣٩٥ ، والحديث رواه أبو داود فى سننه «باب متى يؤمر الغلام بالصلاة» حديث رقم ٤٩٥ جـ١ ص ١٣٣ ص دار احياء السنة النبوية ورواه الامام احمد فى مسنده مع اختلاف يسير فى الالفاظ جـ٢ ص ٤٨٢ ط المكتب الاسلامى، نيل الاوطار جـ١ ص ٢٩٨ وأخرجه الحاكم فى المستدرك جـ١ ص ١٩٧.

(٢) مجمع الانهر جـ١ ص ٤٨٢، المغنى جـ٩ ص ٣٠٠ القوانين الفقهية لابن جزى ص ١٤٩، وحاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ٢ ص ٥٢٦.

والبلوغ لغـــة:

الوصــول - تقــول بلغت المكان بلوغــا إذا وصلت إليــه وكـذا إذا شـارفت عليه- ومنه قوله تعالى ﴿فإذا بلغن أجلهن﴾[١].

أى قارينه، ويقال بلغ الغلام إذا أدرك[٢].

وشـــــرعا:

ذهب بعض الفقهاء ومنهم الحنفية إلى أنه انتهاء حد الصغر[٣].

وذهب بعض الفـقـهـاء ومنهم المالكيـة إلى أنه عـبـارة عـن قـوة تحـدث فى الشخص يخرج بها عن حالة الطفولية[٤].

والبلوغ يعرف بظهور علامة من علاماته الطبيعـيـة فـان لم يوجد شئ من ذلك كان البلوغ بالسن[٥] وقد اختلف الفقهاء فى تقديره.

فذهب الشـافعيـة والحنابلة وأبو يوسـف ومحـمد من الحنفيـة إلى أنه خمس عـشرة سنة[٦]، وذهب المالكيـة فى القـول المشـهـور إلى أنه ثمـانى عـشـرة سنة دون وفــاء أو مـايعــادل الو[٧].

أما أبو حنيـفة: فـقـد قـال إن سن البلوغ بالنسـبـة للفـتـى ثمـانى عـشـرة سنة وللفتاة سبع عشرة سنة لأنها أسرع بلوغا من الفتى[٨].

---

(١) سورة الطلاق الآية رقم ٢.
(٢) الصحاح جـ٤ ص ١٣١٦ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ٧٠.
(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ٦ ص ١٥٣.
(٤) شرح الخرشى على مختصر خليل جـ٥ ص ٢٩١.
(٥) البدائع جـ٧ ص ١٧٢ ، تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٥٣ ، كشف الاسرار جـ٤ ص ٢٤٨.
(٦) المهـذب جـ١ ص ٢٣٠ ، مـغنى المحـتـاج جـ٢ ص ١٦٧ ، روضـة الطالبين جـ٤ ص ١٧٨ ، الاقناع جـ١ ص ٢٢٢ ، الانصاف جـ١ ص ٣٦٥ ، المغنى جـ٤ ص ٥١٤.
(٧) حاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ٢ ص ٥٢٦ ، الخرشى جـ٤ ص ٢١ ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ١٤٩ ، مواهب الجليل للحطاب جـ٥ ص ٥٩.
(٨) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤١٤ ، المبسوط جـ٢٤ ص ١٩٢ ، كشف الأ...

والرشد فى اللغة:

مصدر رشد، بفتح الراء والشين -بمعنى اهتدى والراشد هو المستقيم على طريق الحق- ومنه الخلفاء الراشدون[١].

وشـــــرعا:

عرف جمهور الفقهاء الرشد بأنه صلاح المال[٢].

وذهب الشافعية فى الراجح عندهم إلى أنه صلاح الدين والمال معا[٣].

وذهب الظاهرية: إلى أن الرشد هو طاعة الله وكسب المال من الوجوه التى لاتحدث خللا فى الدين وانفاقه فى الواجبات وفيما يتقرب به إلى الله تعالى للنجاة من النار[٤].

والقانون المدنى الجديد: تناول موضوع الأهلية فى المواد ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ فنص فى المادة ٤٤ على ما يأتى:

١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

٢- وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

وتنص المادة (٤٥) على ما يأتى:

١- لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون.

---

(١) الصحاح جـ٢ ص ٤٧٢ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ٣٤٦ ، أنفردات فى غريب القرآن ص١٩٦.

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٣٩ ، الخرشى جـ٥ ص ٢٩٤ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٤٤٤ ، المغنى جـ٤ ص ٥٢٢ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٦٨ ، روضة الطالبين جـ٤ ص ١٨٠.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) المحلى جـ٨ ص ٢٨٦.

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز.

وتنص المادة (٤٦) على ما يأتى:

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

ومما ينبغى ملاحظته هنا أن تحديد الرشد بسن معينة لايعتبر منخالفا للنصوص الشرعية التى لم تحدد له سنا معينة، لأن هذه النصوص ليس فيها مايمنع التحديد ولكنها تركت لأولياء الأمور يحددونها حسبما تقضى به المصلحة تبعا لاختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الناس والجماعات[١].

(١) المدخل للشيخ العيسوى ص ٤٤٨.

الفرع الثالث

عـوارض الأهليـة

عرفنا مما مضى أنه إذا بلغ الإنسان وكان رشيدا أصبحت له أهلية أداء كاملة ويكون صالحا لمخاطبة الشارع إياه بكل التكاليف التى خاطب الله بها المسلمين فى كتابه وعلى سنة رسوله -ﷺ-.

أما إذا وجد بعد بلوغه، مايدل على وجود خلل فى عقله أو نقصان فيه فان أهليته تتأثر بذلك العارض.

والعوارض لغة: جمع عارض أو عارضة، أى أمر عارض أو آفة عارضة من قولهم عرض له كذا، إذا ظهر له أمر يصده ويمنعه عن المضى على ماكان فيه، ويسمى السحاب عارضا لمنعه أثر الشمس وشعاعها ومنه قوله تعالى: **﴿قالوا هذا عارض ممطرنا﴾**[١].

وفى الاصطلاح: هى أمور طارئة، تعرض لأهلية الشخص، فتزيلها كلها أو بعضها أو تحدث تغييرا فى بعض الأحكام المتعلقة بها[٢].

وعوارض الأهلية قسمان: سماوية ومكتسبة.

والعوارض السماوية هى: التى لاكسب للانسان فيها ولااختيار فتثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار من الإنسان ولهذا نسبت إلى السماء لأن مالا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى السماء[٣].

---

(١) سورة الاحقاف من الآية رقم: ٢٤، المعجم الوسيط جـ٢ ص ٥٩٤ ط بيروت مصورة - توزيع دار الباز.

(٢) يراجع فى تعريف عوارض الأهلية - كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٦٢ ، عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٣ ط مطبعة العلوم، التقرير والتحبير جـ٢ ص١٧٢ وما بعدها ، مرآة الأصول جـ٢ ص ٦٠٠ ، مابحث الحكم عند الاصوليين للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٢٦٨.

(٣) التعريفات للجرجانى ص ١٣٩ ط مصطفى الحلبى سنة ١٣٥٧هـ سنة ١٩٣٨م ، شرح التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٧ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

وعلى معنى أنه عارض خارج عن قدرة الانسان، مثل الجنون، والعته، والإغماء والمرض والسفه.

وأشير فيما يلى بتعريف لكل من هذه العوارض:

أولا: الجنـــــون:

الجنون فى اللغة: مصدر الفعل «جن» -بضم الجيم- يقال جن الرجل جنونا[1].

والمجنون هو من كان عقله زائلا بسبب مرض اعتراه فأثر فى إدراكه.

والجنون قسمان: جنون مطبق يستوعب كل أوقات المجنون ولايفيق منه صاحبه لاليلا ولانهارا وهذا الجنون يعدم أهلية الأداء لأنها تعتمد على صحة العقل وهو غير عاقل.

وجنون متقطع: فيجن تارة فيكون حكمه حكم المجنون ويفيق أخرى فيكون حكمه حكم العاقل الرشيد[2].

ثانيا: العتـــــه:

وهو فى اللغة مصدر الفعل عته بفتح العين وكسر التاء، ومعناه نقص عقله من غير مس جنون[3].

والعته آفة تصيب العقل، فتجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعض كلامه كلام المجانين.

---

(١) الصحاح للجوهرى جـ٥ ص ٢٩٣ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ١٤١.

(٢) تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٥٩ ، شرح المنار ص ٩٤٥ ، كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٨٤ ، شرح التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٧ ، مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٣٧ ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٤٧.

(٣) الصحاح جـ٦ ص ٢٢٣٩.

والعتـه إن ذهب بالعقل والتمييـز فنوع من الجنون الساكن وحكمـه حكم الجنون المطبق، فليس له أهلية أداء ولاتصح منه عبارة، وان لم يذهب بالتمييـز فحكمه حكم الصبى المميز لا يختلف عنه فى شئ فله أهلية أداء ناقصة(١).

وعلى هذا كـان يسير القانون المدنى إلى أن صدر القانون المدنى الجديد فعدل عن ذلك وجعل العتـه نوعا من الجنون، وطبق على المعتـوه جميـع أحكام المجنون من غير تفرقة بين حالة وحالة فنص فى المادة (١١٤) على أنه: «يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر».

ثالثا: الإغمـــــاء:

وهو لغة فقد الحس والحركة لعارض(٢).

واصطلاحا: الاغمـاء هو فى القلب أو الدماغ يعطل القوى المحركة للانسان أو المدركة فيه، ولايزيل العقل(٣).

والمغمى عليه حال اغمائه، كالنائم حال نومه لافارق بينهما فى جميع العقود والالتزامات لعدم قصده وارادته أيضا، فلا اعتبار للعبارات الصادرة منه(٤).

رابعا: المـــــرض:

المرض فى اللغة: هو السقم، وبابه طرب. وهو كل ماخرج بالكائن الحى عن حد الصحة والاعتدال من علة أو نفاق(٥).

---

(١) شرح التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٨ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٦ ص ١٤٤ ، تيسير التحرير جـ٢ ص ٢٦٣ ، مرآة الأصول جـ٢ ص ٤٤٠ ، اعلام الموقعين جـ٢ ص ٢٦٦.

(٢) المعجم الوسيط جـ٢ ص ٦٦٤ ، الصحاح للجوهرى جـ٦ ص ٢٤٤٩.

(٣) كشف الأسرار جـ٤ ص ٢٧٩ ، الفقه الإسلامى أ.د/ محمد يوسف موسى ص ٢٣٥.

(٤) مرآة الأصول ص ٦٠٩ ، المبسوط جـ٣٠ ص ٤٧ ، روضة الطالبين جـ٢ ص ٣١ ، مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ و المغنى جـ٧ ص ١٦٢ ، كشاف القناع جـ٤ ص ٤٩٢.

(٥) مختار الصحاح ص ٦٢١ ط الاميرية، المعجم الوسيط جـ٢ ص ٨٦٣ ، ٨٦٤.

واصطلاحا: هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة.

أو هو عـارض يصـيب الإنسـان ولاينافى الأهليـة، ولكنه يـؤثر فى القـوى البدنية لمن يصاب به(١).

والمقصود بالمرض: هنا مرض الموت، ومرض الموت يجب أن يتوافر فيه أمران:

١- غلبة الهلاك عادة منه ويرجع ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء.
٢- حدوث الموت فعلا متصلا به.

ومرض الموت لاتأثير له على أهلية الوجوب لأن المرض لا يخل بالذمة أو الحياة التى هى مناط هذه الأهلية فالمريض له أهلية وجوب كاملة كما أنه لايخل بأهليـة الأداء الكاملة متى كـان بالغا رشيدا ولهـذا كانت عبارة المريض صالحة للعقود والتصرفات من بيع وهبة وزواج.

ولكن لما كـان الموت سـببـا فى أن يخلف الميت فى مـاله الدائنـون والورثة جـعل الشـارع لهذا المرض أثر على تصرفـات المريض، التى تحدث أثناء المرض حيث يحجر على مايتم منها مشتملا على محاباة تضر بحقوق الدائنين، أو بحق الورثة فى ثلثى التركة وحق الغريم وهو قدر الدين(٢).

والعوارض المكتسبة:
هى التى يكون للأنسان فيها كسب واختيار.

ولقد ذكر صاحب إعلام الموقعين أنه لاتأثير للخطأ على الأهليتين «أهلية

(١) كشف الأسرار جـ٤ ص ٣٠٧ ، شرح المنار وحواشيه ص ٩٦١ ، حاشية الرهاوى على المنار ص٩٦١.

(٢) حاشـيـة الأزمـيـرى جـ٢ ص ٤٤٦ ، ابن عـابدين جـ٢ ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، المغنى جـ٦ ص ٥٠٥، الفتاوى الهندية جـ٤ ص ١٦٤ ، منح الجليل جـ٣ ص ١٩٥ ، مختصر المزنى بهامش الأم جـ٢ ص ١٧١ ، أحكام المعـامـلات للشيخ على الخفـيف ص ٢٤٩ دار الفكر العربى، الشيخ عيسوى ص ٤٥٧.

الأداء وأهلية الوجوب» حيث أنه لايخل بالذمة ولابالعقل ولابالتمييز وقال «فلذلك فاننا نرى أنه لايعتبر عارضا من عوارض الأهلية»(١).

وجمهور الفقهاء لايعدون النسيان من عوارض الأهلية، فلا تأثير له فى صحة عبارة الناسى اذا مادلت على انشاء عقد والتزام وإن قالها ناسيا لمعناها.

وهذا هو الراجح حتى لانفتح الباب أمام كثير من المتعاقدين للتخلص من التزاماتهم بادعاء النسيان أثناء التعاقد(٢).

وأشير فيما يلى إلى التعريف بالعوارض الأخرى:

١- السفة:

والسفة لغة: بفتح السين المشددة وفتح الفاء -ضد الحلم، واصله الخفة والحركة، يقال تسفهت الريح الشجر- أى مالت به(٣).

واصطلاحا: هو العمل بخلاف موجب الشرع، وهو اتباع الهوى وترك مايدل عليه العقل والحجى، وقيل هو عبارة عن التصرف فى المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل(٤).

وقد اختلف الفقهاء فى جعل السفه سببا للحجر.

فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يمنع الحجر على الإنسان بسبب السفه بعد بلوغه خمسا وعشرين سنة وعلى ذلك فعقود السفيه عند أبى حنيفة وتصرفاته

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية جـ٢ س ٣٣ ط السعادة سنة ١٣٧٤هـ سنة ١٩٥٥م.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٤٣٦ ، الخرشى جـ٣ ص ١٧٢ وما بعدها ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٧ كشاف القناع جـ٥ ص ٢٣٤ ط دار الفكر، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٤٥٩ سنة ١٩٨٣م دار النهضة العربية .

(٣) الصحاح جـ٦ ص ٢٢٣٤ ، ٢٢٣٥ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ٤٣٤.

(٤) التوضيح جـ٢ ص ٢١٧ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨١ ، كشف الأسرار جـ٤ ص ٣٥٩ ، التعريفات ص ١٠٥.

كعقود الرشيد وتصرفاته[١].

ويرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد، أن السفه سبب للحجر فاذا وجد السفه وجب الحجر على السفيه حتى لو كان شيخا، مراعاة لمصلحته واعانة له ومحافظة على ثروته[٢].

وأرى أن الرجح رأى الجمهور محافظة للسفيه على ماله حتى لايكون عالة على أسرته وبيت المال.

٢- ذو الغفلة:

الغفلة هى مرض يعترى الانسان لايهتدى معه إلى التصرفات الرابحة بسبب بساطته وسلامة قلبه، مما يؤدى إلى غلبته فى المعاملات المالية[٣].

ويفترق ذو الغفلة عن السفيه بان السفيه يفعل ما يفعل قصدا بسبب غلبة هواه، أما ذو الغفلة فانه لايقصد اتلاف المال ولكنه لايهتدى إلى خير التصرف[٤].

وأميل إلى ماذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بالحجر على ذى الغفلة خلافا لأبى حنيفة والظاهرية حفظا لماله من الضياع[٥].

٣- الديـــــن:

إذا امتنع المدين بدين مستغرق عن سداد دينه، أو بيع ماله بقصد

---

(١) المبسوط جـ٢٤ ص ١٥٦ ، مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٣٧ ، البناية فى شرح الهداية جـ٨ ص ٢٢٨ ، ٢٣٠.

(٢) مواهب الجليل جـ٥ ص ٦٤ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٧٠ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٥٥ ، المغنى جـ٤ ص ٥١١ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٢٤٣.

(٣) تبيين الحقائق جـ٥ ص ١٩٨.

(٤) كشف الأسرار جـ٤ ص ٣٧٢ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٥٦.

(٥) تبيين الحقائق جـ٥ ص ١٩٨ ، مواهب الجليل جـ٥ ص ٥٨، الاقناع فى فقه الامام احمد جـ٢ ص ٢٢١ ، المحلى جـ٥ ص ٢٩٤ ، مفتاح الكرامة جـ٥ ص ٢٥٤ ، المدخل لسلام مدكور ص٤٥٢.

المماطلة، فهل يجوز توقيع الحجر عليه، وبيع ماله جبرا أولا، إختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب أبوحنيفة إلى أنه لايجوز الحجر على المدين المفلس حتى ولو طلب الغرماء ذلك ولكن يؤمر بالسداد فإن امتنع وكان قادرا على السداد حبسه الحاكم حتى يرضى بالأداء لأن الحجر عليه اهدار لاهليته والحاقا له بالبهائم وفي ذلك ضرر محقق الوقوع، يفوق الضرر الذى يلحق الدائنين بسبب عدم سداد ديونهم [١]، وبناء على هذا الرأى يكون له الحق فى جميع التصرفات بلا استثناء.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز الحجر على المدين الذي عليه ديون حاله زائدة على ماله إذا طلب الغرماء من القاضي ذلك.

واستدلوا على ذلك بما رواه الدارقطنى «أن النبى - ﷺ - حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه» [٢]

والراجـــــح: هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن فى الحجر عليه مصلحة للغرماء لأنه يؤدى إلى عدم اضاعة حقوقهم وحفظها من تصرفات قد تكون ضارة وفى ذلك اضرار أشد من ضرر عدم الحجر، ولأن الغرماء قد يكونون أكثر من واحد وحق الجماعة مقدم على حق الفرد.

٤- الغلـــــط:

وهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع وعدم معرفة الصواب [٣]، وهو إما أن يكون فى نفس محل العقد وإما أن يكون فى وصفه،

(١) تبيين الحقائق جـ٥ ص ١٩٩، بدائع الصنائع جـ٩ ص ٤٣٩، أحكام القرآن للجصاص جـ١ ٤٨٨.

(٢) المهذب جـ١ ص ٣٢٧، تحفة المحتاج جـ٢ ص ١١٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨٤، كشاف القناع جـ٢ ص ٢٠٦، البحر الزخار جـ٥ ص ٨٩، المختصر النافع ص ١٤٩، نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٧٥، الملكية ونظرية العقد للدكتور فراج ص ٢٥٥، ٢٥٦.

(٣) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى أ.د/ السنهورى جـ٢ ص ١١٤، المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم بك ص ٨٨.

فـاذا كـان الغلط فـى ذات مـحل العـقـد كـان العـقـد باطلا، وذلك لفـوات مـحل العـقـد، فـيكون العـقـد قـد ورد على لاشئ أى على عـدم والعـقـد على المعدوم باطل.

مثال ذلك: أن تقول لشخص بعتك هذا الخاتم من الماس بكذا، فـيقبل ثم يظهر أن الخاتم من الزجاج.

وهذا هو الغلط الجوهرى الذى نصت عليه المادة ١٢٠ مـدنى بقولهـا «إذا وقع المتـعـاقد فـى غلط جـوهرى جاز له أن يطلب أبطال العـقـد ان كـان المتـعـاقـد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السـهل عليه أن يتبينه».

فالغلط المقصود: هنا ليس هو الغلط المانع، كما هو الحال عندما يقوم الشخص ببيع شئ من الأشياء التى يملكها ويعتقد الطرف الآخر أنه يأخذه منه على سبيل الهبة والإيجار حيث ينعدم التراضى هنا لعدم تطابق الارادتين ويكون الغلط والحالة هذه مانعا من انعقاد العقد وليس سببا فقط للمطالبة بالابطال.

أو الغلط غيـر المؤثر: كـمـا هو الحـال فى الغلط المادى الذى يحـدث عند تحرير السند أو عند حساب الثـمن أو الغلط فى نقل الارادة عـمن صدرت عنه لان الرسـول قـد ينقلهـا محـرفـة على غير حـقـيـقـتـهـا أو الغلط فى تفـسـيـر الإرادة ممن وجـهـت إليـه فـالغلط فى مـثل هذه الاحـوال لايـتـصـل بتكوين الارادة وبالتـالى فـلا يعـتـبر عيـبـا فـيـهـا، وكل مـا فى الأمر أنه يعـتـبر خطأ مـاديا يجب تصحيحه طبقا لما قررته المادة ١٢٣ مدنى بقولها «لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولاغلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط[١]».

وبذلك يـكون القـانون المدنى المصـرى قـد اشـتـرط لاعـتـبـار هذا النوع من الغلط عيبا يؤدى إلى جواز المطالبة بابطال العقد شرطان:

---

(١) حقيقة الالتزام ومصادره فى القانون المدنى لاستاذنا الدكتور/ ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ٢٠٧ ط ١٤١٢ هـ - ١٩٩١م.

الأول: أن يكون هذا الغلط جوهريا م ١٢١ م.
الثانى: أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر .

ولاعبرة بالغلط الباطنى فى انعقاد العقود وصحتها لأن العبرة فى العقود بالعبارة أو مايقوم مقامها دون النوايا المستترة.

أما الغلط الظاهر فى جنس المعقود عليه فانه يبطل العقد من أساسه لفوات محله حيث يصبح عقدا على معدوم والعقد على المعدوم باطل(١).

وإذا كان الغلط فى وصف محل العقد المرغوب فيه ثم يظهر أن الوصف خلاف ما إراده المتعاقد، فان العقد يكون غير لازم وقابلا للفسخ لمصلحة من وقع الغلط فى جانبه ويكون له الخيار بين امضاء العقد أو فسخه وذلك لفوات الوصف الذى أدى إلى اختلال الرضا وهو الوصف المرغوب فيه، كمن يقبل حواله الدين معتقدا أنه مضمون برهن فيتضح له أن الرهن قد سقط قبل الحوالة(٢).

ويرى الفقه المصرى: أن الغلط فى الباعث على التعاقد يؤدى إلى إبطال العقد متى كان دافعا الى ابرامه، كما هو الحال عندما يقوم شخص بشراء سيارة معتقدا أن سيارته قد تلفت فى حادث ثم يتضح له بعد ابرام العقد أن سيارته سليمه ولم يصبها أى نوع من التلف.

وإن كان هناك من رجال القانون من يرى أن الاعتداد بالغلط فى الباعث فيه اهدار بالثقة والاستقرار الواجب توافرها فى المعاملات لأن الباعث أمر خاص بالمتعاقد نفسه ولاعلاقة له بصفة من صفات الشئ الجوهرية، ولايجب أن يترتب عليه قابلية العقد للبطلان وهو رأى له وجاهته(٣).

---

(١) تبين الحقائق جـ٤ ص ٥٢.

(٢) نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، أ.د/ عبد الناصر العطار- الكتاب الأول- مصادر الالتزام ص ١٤٥ ف ٦٧ ، وهبه الزحيلى جـ٤ ص ٢١٧.

(٣) أ.د/ عبد الناصر العطار ص ١٤٥ ف ٦٧ ، أ.د/ اسماعيل غانم ص ١٩٦ ف ١٠٠ ، أ.د/ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ٢٠٧ ، ٢٠٧.

٥- الإكـــــــراه:

في اللغة: مصدر أكره، تقول اكرهته على كذا، أى حملته عليه فمعناه حمل المكره على أمر يفعلة وهو يكرهه(١).

وفي الاصطلاح: هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه، بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به، وفائت الرضا بالمباشرة(٢).

والإكراه بهذا الاعتبار يؤدى إلى إفساد الرضا لا إلى انعدامه لأن ارادة المكره في هذه الحالة موجودة حتى وإن انتزعت منه رهبة غاية الأمر أنها مقيدة في اختيارها وليست حرة، ويظهر وجود الارادة هنا في أن المتعاقد الذى اكره على ابرام العقد مخير بين أمرين إما تحمل الأذى والضرر الذى يتهدده وأما إبرام التعاقد المطلوب منه وبسبب الضغط الذى يقع عليه يختار أخف الأمرين ضررا وهو إبرام التعاقد حتى يتحاشى ماقد يلحقه من الأذى والضرر الوشيك الوقوع(٣).

ولذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون بتنوع الإكراه باعتبار قوته ودرجة تأثيره إلى نوعين:

أ- الإكراه التام أو الملجئ: وهو الذي به يجد المكره نفسه مضطرا لفعل الأمر المكره عليه، وذلك مايكون الوعيد فيه بالقتل أو ضياع بعض الأعضاء، وهذا مايسمى بالاكراه الحسى «المادى».

(١) المعجم الوسيط جـ٢ ص ٧٨٥ ، الصحاح جـ٦ ص ٢٢٤٧ ، المفردات في غريب القرآن ص٤٢٨ ، ٤٢٩.

(٢) المبسوط جـ٢٤ ص ٣٧ ، ٣٩ ، كشف الأسرار جـ٤ ص ٣٨٧ ، البدائع جـ٧ ص ١٧٥ ، تيسير التحرير جـ٢ ص ٣٠٧.

(٣) حقيقة الالتزام ومصادره أ.د/ ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ٢٢٣ ط٢ سنة ١٩٩١م.

(٤) المعاملات الشرعية المالية لاحمد ابراهيم بك ص ٨٦ ، حقيقة الالتزام أ.د/ ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ٢٢٧ ، أ.د/ اسماعيل غانم ص ٢١٨ ، أ.د/ عمران ص ٧٨ ، أ.د/السنهورى ص ٣٦٠ ف ١٨٧ وما بعدها.

ب- الإكراه الناقص أو غير الملجئ: وهو من وقع عليه حبس أو ضرب أو وقع عليه ظلم فى عمله ويندرج تحت هذا النوع الإكراه المعنوى.

فاذا وصل الإكراه إلى حد انعدام الإرادة ولم يقتصر على افسادها فان أثره والحالة هذه لايقف عند حد قابلية العقد للابطال وإنما يؤدى إلى بطلان هذا العقد بطلانا مطلقا، ومثال الإكراه الذى يعدم الإرادة، أن يمسك المُكرِه بيد المُكرَه ويجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام معين أو يمسك شخص بيد آخر ويبصم بأصبعه على العقد الذى حرره[1].

شروط تحقق الإكراه:

لكى يتحقق الاكراه فان هناك أمورا اعتبرها العلماء وهى:

١- يشترط فى المكرِه تمكنه من إيقاع ما هدد به.
٢- يشترط فى المكرَه، أن يكون خائفا على نفسه من جهة المكرِه فى إيقاع ما هدد به اخذا من ظاهر حاله.
٣- يشترط فيما اكرهه به أن يكون مما يتضرر به ضررا كثيرا كاتلاف عضو.
٤- يعتبر فيما اكرهه عليه أن يكون الفاعل ممتنعا عنه قبل الإكراه إما لحقه أو لحق انسان آخر أو لحق الشرع وبحسب اختلاف الأحوال يختلف الحكم[2].

وفى القانون المدنى:

يشترط فى الإكراه حتى يكون عيبا من عيوب الإرادة.

١- أن يكون الخطر جسيما: فان لم يكن الخطر جسيما بحيث لايحدث فى نفس المكره هذه الرهبة لتفاهته فلا يؤثر فى صحة التعاقد لأن

(١) الاستاذ الدكتور ابراهيم ابراهيم الصالحى - المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٢٧.

(٢) المبسوط جـ٢٤ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، روضة الطالبين جـ٨ ص ٥٨ ، المغنى جـ٨ ص ٢٦١ ، كشف الأسرار جـ٤ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، مجمع الأنهر جـ٢ ص ٤٢٩ ، المعاملات الشرعية المالية للمرحوم احمد ابراهيم بك ص ٨٧ سنة ١٣٥٥ هـ سنة ١٩٣٦ م .

الإكراه الذى يعيب الإرادة لايتحقق إلا مع وجود الخطر الجسيم.

٢- أن تكون الرهبة قائمة على أساس: إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما على وشك الوقوع يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال وهو ماصرحت به المادة ١٢٧ مدنى فى فقرتها الثانية، مع ملاحظة أن معيار الرهبة هنا معيار ذاتى وشخصى يتوقف على حالة من وقع عليه الإكراه وسنة وظروفه الاجتماعية والصحية وغير ذلك م١٢٧/٢.

٣- أن يكون الاكراه بقصد الوصول إلى غرض مشروع: بصرف النظر عن الوسيلة التى تستخدم فى ذلك لأن العبرة هنا انما هى بالهدف لابالوسيلة.

فاذا كان الغرض من الإكراه مشروعا فلا يؤدى إلى إبطال العقد متى كانت الوسائل المؤدية إليه مشروعة.

حكم الإكراه الصادر من غير المتعاقدين فى القانون المدنى:

نصت المادة ١٢٨ مدنى على ذلك حيث قالت «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه».

وذلك حماية لاستقرار التعامل بين الناس وحماية للمتعاقد الآخر حسن النية الذى لم يكن يعلم بالاكراه ولايكون للمكره والحال هذه إلا الرجوع بالتعويض على من أكرهه(١).

٦- التغرير «التدليس»:

التغرير هو الخداع باستعمال طرق ووسائل احتيالية لحمل الشخص على

---

(١) استاذنا الدكتور ابراهيم ابراهيم الصالحى - المرجع السابق ص ٢٢٨ وما بعدها.

التعاقد ظنا منه أن العقد فى مصلحته ثم يظهر أن الواقع خلاف ذلك.

كالذى يبيع بقرة لأجل لبنها فيمتنع من حلبها مدة حتى يتجمع اللبن فى ضرعها ثم يعرضها للبيع موهما المشترى أنها حافلة باللبن ثم يظهر حقيقة أمرها للمشترى بعد أن يأخذها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت الخيار للذى تم التغرير به فاما أن يمسك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أورده لصاحبه(١).

وذهب الحنفية: إلى أنه ليس لمن تم التغرير به فسخ العقد بل له فقط أن يرجع بالنقص الذى أصاب المشترى.

وقد نصت المادة ١٢٥ مدنى فى فقرتها الأولى على أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد».

وبالنظر فى هذه المادة. نجد أنه يشترط لاعتبار التدليس عيبا من عيوب الإرادة توافر شرطين:

أولهما: استعمال طرق احتيالية بهدف إيقاع المتعاقد فى غلط.
ثانيهما: أن تكون هذه الطرق هى التى دفعت المتعاقد الآخر إلى ابرام العقد.

ويثبت للمدلس عليه مايعرف بخيار العيب، وهو اعطاؤه، حق الخيار ان شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه ولافرق بين أن يكون التدليس صادرا من أحد العاقدين أو من شخص أجنبى عنهما إذا ثبت تواطؤه مع أحدهما(٢).

---

(١) المعاملات الشرعية المالية لاحمد ابراهيم بك ص ٨٩ ، نهاية المحتاج جـ٣ ص ١٣٦ ، غاية المنتهى جـ٢ ص ٣٤ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٧٤.

(٢) وهبه الزحيلى جـ٤ ص ٢٢٠.

مع ملاحظة أن المشرع المصرى قد حدد مدة معينة يجوز خلالها التمسك بابطال العقد للتدليس وهى ثلاث سنوات من وقت اكتشاف التدليس بحيث إذا مضت هذه المدة دون أن يطعن من له الحق فلا يجوز التمسك بعد ذلك بالطعن بالتدليس، كما يسقط هذا الحق بمضى خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد الذى وقع فيه التدليس[١].

(١) أ.د/ ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ٢٢٥.

المبحث الثالث

فى الالتــــــزام

وتحته مطلبان:

المطلــب الأول: فى تعريف الالتزام.
المطلب الثانى: فى تعريف الدين وبيان أقسامه.

وأشير فيما يلى بايجاز إلى هذين المطلبين:

المطلب الأول

تعريـــف الالتـــزام

لما كـان المال فى مـفهـوم القـانون تنشـأ عنه حقـوق، والحق فى المعـامـلات مـصلحـة ذات قـيـمـة مـاليـة يقررها القـانون للفـرد وهو أما حق عـينى أو حق شخصى والحق الشخصى هو التزام، ويسمى حقا اذا نظر اليه من جهة الدائن، ودينا اذا نظر إليه من جهة المدين[١]، أى التزام، فالالتزام هو الواجب الذى يقع على عـاتق المدين الذى يقـابل الحق الذى للدائن، أى أن الالتــزام هو وجـه الحق الشخصى.

فـاذا أردنا أن نتكلم عن الدين، فـان ذلك يستلزم منا الكلام عن مـفهـوم الالتزام وعناصره لأنه متى خلص لنا الالتزام ووضح جليا عرفنا كيف ينقضى.

وأتحدث عن الالتزام فى الفروع الآتية:

---

(١) نظرية الإلتزام أ.د/ عبد الودود يحيى ص ٢١٥ ، مـصادر الالتزام أ.د/ عبـد المنعم فـرج الصـدة، ص ٧ ط سنة ١٩٦٩ ، مـصـادر الالتـزام أ.د/ منصـور مـصطفى منصـور جـ٢ ط ١٩٧٠.

الفرع الأول

تعريف الالتزام لغة واصطلاحا

الالتزام فى اللغة: يطلق على الاعتناق وعلى إيجاب الشخص على نفسه قدرا من المال للدولة أو لشخص من الأشخاص.

واللغة العربية تفرق بين معان مصدرها مادة «لزم».

الأول : الإلزام ومعناه الثبوت والوجوب والأمر الصادر من أعلى.
الثانى: الالتزام أى التزام الشخص بشئ يشغل ذمته.
الثالث: اللزوم بمعنى الوجوب الذى يقرره الشارع لتصرف معين إذا ماتوافرت شروطه[١].

تعريف الالتزام شرعا: تعددت تعريفات الفقهاء للالتزام كما يلى:

١- عند المالكية: عرفه الشيخ الحطاب[٢] رحمه الله تعالى بأنه: «الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شئ فهو بمعنى العطية»[٣].

٢- عند الحنفية: ورد استعمال لفظ الالتزام عندهم فى مناسبات عديدة، منها الكفالة فقد اعتبروا أن الزام مطالبة الكفيل ينبنى على أنه ملتزم لاصل الدين، وأن هذا منه يعتبر التزاما، كما ذكروا أن العقد يترتب عليه

---

(١) الصحاح جـ٥ ص ٢٠٢٩ ، مختار الصحاح ص ٥٩٧ ط الاميرية ، المصباح المنير ص ٥٥٢ ، تاج العروس للزبيدى جـ٩ ص ٥٩ ط الاميرية سنة ١٣٠٧هـ ، القاموس المحيط جـ٤ ص ١٧٥ ط ١٩٣٥ مادة لزم لسان العرب فصل اللام باب الميم جـ٣ ص ٣٦٢ ط الاميرية ، معجم مقاييس اللغة لابن زكريا جـ٥ ص ٢٠٤ ط ٢ ١٩٧٢ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ١٨٤ ، سبب الالتزام وشرعيته أ.د/ جمال الدين محمود ص ١٦١.

(٢) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى الرعينى ، الاعلام للزركلى جـ٧ ص ٢٧٦ ط بيروت.

(٣) مقدمة تحقيق كتاب تحرير الكلام فى مسائل الالتزام لعبد السلام محمد الشريف ص ٣ رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

التزام كل من المتعاقدين للآخر بحقوق يجب أداؤها وهذا هو ما يستفاد من كلامهم[١].

٣- عند الشافعية: ورد ذكر لفظ الالتزام كثيرا فى كلامهم. وقد عقد العز بن عبد السلام - رحمه الله «بابا مستقلا فى كتابه قواعد الأحكام بين فيه مايتعلق بالتزام الحقوق من غير قبول من الطرف الآخر، كما نص على أن الأنسان تلزمه بعض الحقوق نتيجة لالتزامه بها[٢].

٤- وعند الحنابلة: يطلقون لفظ الالتزام على من يقوم بعمل اختيارى أو تبرعا، منه وذلك مثل من يضمن إنسانا، أو يلزم نفسه بشئ تقربا إلى الله تعالى ويسمى الناذر لذلك الشئ ملتزما[٣] وهذا عند الظاهرية أيضا[٤].

ويلاحظ هنا أن الإمام الحطاب فرق فى معانى الالتزام بين المعنى اللغوى وهو بتعبيره «الزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له».

والمعنى الفقهى وهو عنده يخصص المعنى اللغوى العام بكون الالتزام يقع على الشئ المعروف فهو لذلك فى معنى العطية وهى أصلا من التبرعات.

ومعنى الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا، أى من غير تعليق على شئ فدخل فى ذلك الصدقة، الهبة، والحبس، والعارية، والمنحة، والإرفاق والإقدام والإسكان، والنذر إن كان غير معلق.

---

(١) المبسوط جـ١٩ ص ١٦٠، ١٦١، دور الحكام فى شرح مجلة الأحكام تأليف على حيدر جـ١ ص ٩١ منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد، م ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية عند تعريف العقد، م ٦٨ من مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان لمحمد قدرى ص ٢٧ طالاميرية ط ١ سنة ١٣٠٨هـ.

(٢) قواعد الاحكام فى مصالح الانام لابى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى المتوفى سنة ٦٦٠هـ جـ٢ ص ٦٩ ط دار الكتب العلمية بيروت، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠١ عند تعريف ضمان الدرك.

(٣) المغنى جـ٥ ص ٧٠، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٦٢

(٤) المحلى مسألة رقم ٢٢٩ جـ٨ ص ١١٠، ١١١.

ومعنى أو معلقا على شئ فهذا لايخلو من أحد أمرين:

الأول: أن يكون القصد بالإلتزام، الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه كقوله لزوجته إن تزوجت عليك فلك ألف دينار.

الثانى: أن يكون القصد حصول ذلك الفعل ويكون الشئ الذى التزمه شكرا لله تعالى على حصوله، كقوله ان قدمت من هذا السفر فلفلان على الف درهم، أو ان أقمت فى هذه الدار فعلى كذا، وهذا الثانى من باب النذر(١).

ولقد حاول البعض من الفقهاء المحدثين تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى كما يأتى:

١- عرفه الأستاذ/ مصطفى الزرقا بأنه «كون الشخص مكلفا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره»(٢) ويؤخذ على هذا التعريف أنه يخلط بين فكرة التكليف بمعناها الشرعى وبين الالتزام(٣).

٢- عرفه الشيخ على الخفيف بأنه «تعهد شخصى لايسأل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى مايتركه من أموال بعد وفاته اذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط» وهو نوعان، اختيارى، وهو ما كان بادارة الإنسان وباختياره فيلزم نفسه مالم يكن مطلوبا منه من قبل، وقسرى -وهو ما كان نتيجة لالزام من له حق الالزام(٤).

ويلاحظ على هذا التعريف أن تقسيم الالتزام إلى قهرى واختيارى يتنافى

---

(١) تحرير الكلان فى مسائل الالتزام ص ٧٢ ، ١٦٣ ، الأجل فى الالتزام -دراسة مقارنة للاستاذ الدكتور/ عبد الناصر العطار ص ٣٠.

(٢) المدخل الفقهى العام «الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد» الاستاذ/ مصطفى الزرقا ص ٢٠١ توزيع دار الفكر.

(٣) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢١ دار الفكر ونظرية الارادة المنفردة أ.د/ عبد المجيد مطلوب ص ١٥.

(٤) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١١ ص ٥١٥ ، ٥١٦.

مع ماجاء فى صدر التعريف من أنه تعهد شخصى وأيضا فانه يخلط بين الالزام والالتزام[١].

٣- كما عرفه المرحوم الشيخ عيسوى[٢] والأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار[٣] بتعريفات يؤخذ منها ان الالتزام عبارة عن تصرف قولى أو فعلى يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو انهاء حق أو اسقاطه سواء صدر هذا التصرف من طرف واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال أو من طرفين كالبيع والإجارة وسواء كان التصرف لازما أو غير لازم[٤].

تعريف الالتزام
فى القانون المدنى المصرى

عرفت المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الالتزام بأنه «حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل»[٥].

وعرف المشرع الإلتزام هنا بأنه «حالة قانونية» ولم يعرفه بأنه «رابطة قانونية» حتى لايجعل الغلبة للمذهب الشخصى على المذهب المادى.

لأن الالتزام له ناحية مادية، كما أن له ناحية شخصية، فهو حالة قانونية تربط شخصا معينا.

وأيضا فالدائن قد يكون معينا عن نشأة الالتزام وقد يكون غير معين وهذا التعريف يفى بهذا.

---

(١) أ.د/ عبد المجيد مطلوب: المرجع السابق ص ١٤.

(٢) المدخل للفقه الإسلامى ص ٣٧٧ ط الذكرى سنة ١٩٦٧.

(٣) نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية ص ٢٢ ، الكتاب الأول ط ١٩٧٥م ، نظرية الالتزام فى الاجل ص ٤٤ ط ١٩٧٨ لنفس المؤلف.

(٤) الاستاذ الدكتور/ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق ص ١٤.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٩.

ولقد رأى واضعوا القانون المدنى الحالى ألا يضعوا فى المجموعة المدنية تعريفا للالتزام لأنه كما ذكرت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون -أليق بالفقه- من التشريع.

وهو مسلك حميد إذ أن التعريفات ليست من المحاسن التى يحتويها أى تشريع لما لها من صبغة فقهية وما يثور حولها من جدل، إذ يشترط فى التعريف أن يكون جامعا مانعا وقد لايحقق التعريف الذى يوضع فى القانون هذا الهدف المنشود[١].

ولما كان المذهب الشخصى يهتم كثيرا بالرابطة التى تقوم بين الدائن والمدين على اعتبار أن شخصية كل منهما لها أثر كبير فى تكوين الالزام وتنفيذه.

بينما يترتب على المذهب المادى نتائج عملية بالغة الأهمية تتمشى مع النظم الاقتصادية فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول الأموال وتيسير سبل المعاملات[٢].

وللجمع بين الناحيتين الشخصية والمادية فى تعريف الالتزام نجد الدكتور السنهورى يضع تعريفا للالتزام هو «حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل»[٣].

وقد وردت تعريفات متعددة للالتزام على لسان فقهاء القانون.

١- فعرفه بعضهم بأنه «رابطة قانونية بمقتضاها يجب على شخص معين

(١) نظرية العقد أ.د/ سليمان مرقس بند ١٥ ص ٦ ، مصادر الالتزام أ.د/ محمد على عمران ص ٨١ ، ٨٢ ، النظرية العامة للالتزام أ.د/ جميل الشرقاوى بند ٢ طبعة ١٩٥٢م، الموجز فى مصادر الالتزام أ.د/ محمد لبيب شنب ص ٥ ط بيروت سنة ١٩٧٠م النظرية العامة للالتزام أ.د/ أنور سلطان ص ١٧ ، سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الاسلامى -دراسة مقارنة- د. جمال الدين محمود ص ١٥٧ ، ١٥٨.

(٢) استاذنا الدكتور/ ابراهيم ابراهيم الصالحى، المرجع السابق ص ٨.

(٣) الوسيط للسنهورى جـ١ ص ١٢٥ ف ١٤.

يسمى المدين أن يقوم بأداء مالى لمصلحة شخص آخر معين أو قابل للتعيين يسمى الدائن ويكون المدين مسئولا عن دينه فى كافة أمواله»[١].

٢- كما عرف بأنه «واجب قانونى يلزم الشخص بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل لصالح شخص آخر»[٢].

وهذا التعريف هو الأقرب الى بيان حقيقة الالتزام حيث يشكل الالتزام فى كل صورة واجبا قانونيا يقع على عاتق المدين[٣].

موازنة بين تعريف الالتزام فى فقه الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى

الواقع أنه من العسير أن نعثر على تعريف للالتزام فى الفقه الإسلامى يقارب تعريف القانون الوضعى وذلك لأسباب منها:

١- أن مصدر الالتزام فى فقه الشريعة الإسلامية هو إرادة الشخص الملتزم نفسه، أما الإلتزام فى فقه القوانين الوضعية فقد يكون مصدره إرادة كما فى العقد والإرادة المنفردة، وقد يكون مصدره فعلا ضارا أو نافعا رتب القانون عليه أثرا ملزما. وقد يكون القانون ذاته المصدر المباشر لهذا الالتزام[٤].

٢- الاختلاف فى الأصل بينهما فى الصياغة[٥].

---

(١) النظرية العامة للالتزام أ.د/ اسماعيل غانم ص ٣٠ ط ١٩٦٦.

(٢) نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية -الكتاب الأول- مصادر الالتزام أ.د/ عبد الناصر العطار ص ٨ ف ٣.

(٣) استاذنا الدكتور ابراهيم ابراهيم الصالحى ص ١٠.
وفى هذا الموضوع:
مصادر الالتزام أ.د/ منصور مصطفى منصور جـ٢ ط ١٩٧٠ ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزام أ.د/ محمود جمال الدين ص ١١ ط ١٩٧٨م.

(٤) سبب الالتزام وشرعيته د. جمال الدين محمود ص ١٦٢.

(٥) نظرية الالتزام د. عبد الناصر العطار ص ٢٢.

وعموما فمآل التعريفين شرعا وقانونا واحد لأن الالتزام على كليهما لايخرج عن كونه فعلا ايجابيا أو كفا[١].

إلا أن نظرية الالتزام قد عرفها الفقه الإسلامى منذ مايقرب من خمسه قرون مضت حينما وضع الحطاب كتابه المسمى «تحرير الكلام فى مسائل الالتزام» حيث بين فيه كل مايتعلق بهذه النظرية من حيث نطاقها ومقوماتها وآثارها ومن قبله تعرض أئمة المذاهب الفقهية لذلك أيضا.

وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد سبق القانون الوضعى بكثير فى هذا المقام ومن ثم يجب الرجوع إلى أحكام هذا الفقهلأنه الأصل.

---

(١) مذكرة مبتدأة فى بيان الالتزام وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى الاستاذ/ احمد ابراهيم بك - ١٣٦٤ هـ - ١٩٤٥ م - مكتبة عبد الله وهبة بمصر ص ١٩.

المطلب الثانى

تعريف الدين وبيان أقسامه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الفرع الأول

تعريف الدين لغة وشرعا وقانونا

أولا: فى اللغة:

الدَّين بفتح الدال يطلق على القرض وثمن البيع، ودان مشترك بين الإقراض والاستقراض، وكذا الدائن وقد صرح بذلك الاشتراك فى مختار الصحاح والمصباح المنير، كما أن التداين يطلق على التبايع بالدين وعلى دفع الدين.

ويطلق الدين على الانقياد أو الذل أو بمعنى الطاعة والجزاء(١).

ثانيا: تعريف الدين شرعا:

تعددت تعريفات الدين عند من ذكر تعريفه من الفقهاء من أهمها:

١- عند الحنفية: عرفه الكمال بن الهمام بأنه: «اسم لمال واجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين»(٢).

وعند المالكية: عرفه صاحب منح الجليل بأنه: «الشئ الموصوف

---

(١) القاموس المحيط جـ٤ ص ٢٦ ، معجم مقاييس اللغة جـ٢ ص ٣١٩ ، لسان العرب جـ١٧ ص ٢٥ ط سنة ١٣٠٣هـ ، مختار الصحاح ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، المعجم الوسيط جـ١ ص ٣٠٧ ، الصحاح للجوهرى جـ٥ ص ٢١١٧ ، ٢١١٨.

(٢) فتح القدير جـ٧ ص ٢٢١ ط ٢ دار الفكر مصورة عن ط مصطفى الحلبى، تبيين الحقائق جـ٤ ص ١٧١ ط١ المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٣٠٣هـ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ٢ ص ٢٠٩ وغمز عيون البصائر جـ٤ ص ٥.

المتعلق بالذمة»[١].

٣- **وعند الشافعية:** جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى: «هو ماثبت فى الذمة بأى سبب من الأسباب»[٢].

٤- **وعند الحنابلة:** عرفه صاحب كشاف القناع بأنه: «الشئ فى الذمة إلى أجل»[٣].

٥- **وعند الظاهرية:** نص الظاهرية على أن القرض هو الدين وبذلك يعتبر تعريف القرض عندهم تعريفا للدين، جاء فى المحلى، كتاب القرض وهو الدين[٤].

٦- **وعند الإمامية:** هو مايثبت فى الذمة بقرض أو بيع أو اتلاف أو جناية أو نكاح أو نفقة زوجة أو سبب جناية من يعقل عنه»[٥].

٧- **وعند الاباضية:** هو ماترتب فى الذمة بمعاملة[٦].

٨- **وعند بعض المحدثين:** «هو المال الذى يكون فى الذمة عينا كان أو نقدا»[٧].

٩- **وعرفه صاحب مرشد الحيران:** م ٦٨ بقوله: «هو ماوجب فى ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب».

---

(١) شرح منح الجليل جـ٤ ص ١٧١ حاشية الدسوقى جـ٣ ص ١٩٥ ، بلغة السالك جـ١ ص٢٠٣.

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥٦ ، نهاية المحتاج جـ٣ ص ١٣٠.

(٣) كشاف القناع جـ٢ ص ١١٧ اعلام الموقعين جـ٣ ص ٣٣٥ ، العذب الفائض شرح عمدة القارض جـ١ ص ١٥.

(٤) المحلى المسألة رقم ٨ ص ٧٧ المسألة رقم ١١٩٠.

(٥) مفتاح الكرامة/ لسيد محمد جواد بن محمد بن الحسينى جـ٥ ص ٢ ط الشورى بالفجالة.

(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش جـ٩ ص ٤٣ ط مكتبة الارشاد، وجده - السعودية.

(٧) الاسلام عقيدة وشريعة للشيخ محمود شلتوت ص ٤٥٥.

موازنه بين هذه التعريفات

من التعاريف السابقة يتضح لى ما يأتى:

أولا : أنها تتمشى مع التعريف اللغوى.
ثانيا: توجد علاقة بين الدين والقرض.
ثالثا: عبارات الفقهاء فى تعريف الدين وإن اختلفت فى مبناها إلا أنها تتفق فى معنى الدين على حقيقتين:

الحقيقة الأولى:

أن الدين مال حكما وقد صرح بعض الفقهاء فى تعريفهم له بما يفيد ذلك، ومن لم يصرح منهم بما يفيد المالية فى تعريف الدين عرفه بأنه شئ موصوف فى الذمة الخ.

أو ما يثبت فى الذمة وهذه الأمور مال فى الحكم ولها ما للأموال من أحـ

والسبب فى عدم اعتبار الدين مالا حقيقيا يرجع الى أنه وصف مقدر وجوده فى الذمة من غير تحقق له ولامحله وانما يجعل مالا فى الحكم لحاجة الناس إلى ذلك فى معاملاتهم ولأنه يؤول بالقبض الى المال.

الحقيقة الثانية:

تتمثل فى صلاحية المال للثبوت فى الذمة فاذا لم يكن المال صالحا للثبوت فى الذمة لايعتبر دينا وانما يعتبر عينا وذلك مثل الأشجار والجواهر والحيوان.

وعموما فالدين يضيق مدلوله ليقتصر على الالتزام المالى الثابت فى الذمة فقط وهذا ما ذهب إليه الحنفية ويتسع ليشمل الالتزامات المالية سواء أكان حقا ماليا لله أم حقا ماليا للعباد وسواء أكان بالزام الشارع أم بالالتزام

الإرادى من المدين وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

ومادام المقصود هنا تعريف الدين فى المعاملات المالية فالأوضح تعريفه بأنه: «مال يثبت فى الذمة بسبب يقتضى ثبوته».

وبهذا تدخل كل الديون المالية، سواء كانت نظير مال أو منفعة أو ثبت من غير مقابل كالزكاة.

كما تخرج منه الديون غير المالية كالصلاة الفائتة والخدمة.

العلاقة بين المال والدين:

أطلق الفقهاء على الدين بأنه مال.

ومن خلال العرض السابق تتحدد العلاقة بين الدين والمال فكل دين يعتبر مالا وليس كل مال يعتبر دينا.

تعريف الدين فى القانون المدنى

لما كان المال فى مفهوم القانون يتكون من حقوق، والحق فى المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية قررها القانون للفرد وهو اما حق عينى أو حق شخصى.

والحق الشخصى هو التزام.

ويسمى حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن، ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين[1].

ولهذا فاذا أردنا أن نتكلم عن الدين فان ذلك يدفعنا إلى الكلام عن مفهوم الالتزام وعناصره.

وقد سبق الحديث عن هذا فى المطلب الأول.

---

(١) نظرية الالتزام أ.د/ عبد الودود يحيي ص ٢١٥ ، مصادر الحق أ.د/ السنهورى جـ٢ ص٥٤٨ وما بعدها ، نظرية الحق للدكتور نعمان خليل جمعة ص ٧٦ ، ٧٧ سنة ١٩٧٣م.

وبعد أن انتهيت من هذه الإطلالة الموجزة عن المال والعقد والالتزام.

ولما كان موضوع هذا البحث هو انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فأنني أتحدث في تمهيد على عجالة.

عن طرق انقضاء الالتزام
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الالتزام مصيره حتما إلى الزوال، إما بالوفاء أو بغيره لأن بقاء الالتزام على عاتق المدين إلى الأبد يثقل كاهله إلى مالا نهاية، ويعتبر قيدا على الحرية الشخصية، ويتعارض مع اعتبارات النظام العام.

فالالتزام يشبه الكائن الحي ينشأ ويحيا لينتج آثاره ثم ينقضي أو يموت وفي هذا يختلف الحق الشخصي «الالتزام» عن الحق العيني.

فحق الملكية وهو أهم الحقوق العينية، حق مؤبد بطبيعته.

أما الحقوق المتفرعة عنه فقد تكون مؤبدة وقد تكون مؤقتة.

وأداء الدين على الوصف الواجب «فرض» بالاجماع لقوله تعالى: ﴿فليؤد الذى اؤتمن أمانته﴾(١).

وسيدنا رسول الله - ﷺ- لم يصل على رجل مات وعليه دين والدين كما قال بعض الفقهاء من الحوائج الأصلية.

فاذا كان الدين حالا فانه يجب أداؤه على الفور عند الطلب ويقال له الدين المعجل وذلك متى كان قادرا على الأداء لقوله - ﷺ-: «مطل الغنى ظلم»(٢). أما إذا كان الدين مؤجلا، فلا يجب أداؤه قبل حلول الأجل، لكن لو أدى قبله صح وسقط عن ذمة المدين، وقد يصبح المؤجل حالا فيجب أداؤه على

---

(١) سورة البقرة الآية رقم: ٢٨٣.

(٢) البخارى جـ٣ ص ١١٧ ، ومسلم جـ٣ ص ١١٩٧ تحقيق محمد عبد الباقى ، الموطأ للامام مالك ، بابا جامع الدين والحول ص ٤١٨.

الفور وذلك بالردة أو بالموت أو بالتفليس[١].

كيفية انقضاء الالتزام:

جاء في المادة (١٩٥) من مرشد الحيران: «تُقضى الديون بايفائها نقدا أو قصاصا أو بإبراء الغريم ذمة المديون أو بتجديد عقد الدين أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام ولا تسمع دعوى الدين على المدين بعد مضى خمس عشرة بلا عذر وان لم يسقط الحق بمرور الزمان»[٢].

ولقد نظم القانون المدني أسباب انقضاء الالتزام:

ونص على القواعد الخاصة بانقضاء الالتزام فى المواد من٣٢٣ إلى٣٨٨.

ويمكن رد أسباب انقضاء الالتزام إلى ثلاث طوائف جامعة وهى:

أولا : انقضاء الالتزام بالوفاء وهو السبب المألوف فى أداء الحقوق.

ثانيا: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ويتحقق ذلك فى المقاصة، والتجديد، والإنابة، والوفاء بمقابل واتحاد الذمة.

ثالثا: انقضاء الالتزام دون وفاء أو مايعادل الوفاء، ويكون ذلك فى الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم السقط[٣].

ولما كان موضوع هذا البحث هو الطائفة الثانية من هذ الطوائف وهى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

فاننى أتناول هنا الحديث عن الطائفة الأولى والثالثة بايجاز كما يلى:

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٦ ط الحلبى ، غمز عيون البصائر جـ٢ ص ٤٩ ، المهذب جـ١ ص ٣١١ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣١١ ، الحطاب جـ٥ ص ٣٩ ، المغنى جـ٣ ص ٤٨١ ط دار الكتاب العربى المحلى جـ٩ ص ١٥ بند ١٥١٧ ط دار الفكر، السيل الجرار للشوكانى جـ٣ ٢ ٨٧ ط الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، الروض النضر لشرف الدين الحسين بن أحمد السباغى المتوفى سنة ١٢٢١هـ جـ٣ ص ٢٤١ ط ١٣٧٦م.

(١) م ١٩٥ من مرشد الحيران - لمحمد قدرى باشا الطبعة الثانية ١٣٣٠هـ.

(٣) الوسيط جـ٣ المجلد الثانى - انقضاء الالتزام ص ٧٤١ بند ٣٥١ وما بعدها ط دار النهضة العربية سنة ١٩٨٤م ، النظرية العامة للالتزامات أ.د/ عبد المنعم البدراوى جـ٢ ص ٣١٨ ، أحكام الألتزام أ.د/ أنور سلطان ص ٣٤٣ دار النهضة العربية، الوجيز أ.د/ محمود ذكى جـ٢ ص ١٩٨ ط ١٩٧٤.

اولا
انقضاء الالتزام «الدين» بالوفاء
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

أداء الدين أو الوفاء بالالتزام أو التنفيذ العينى للالتزام، كلها معانى واحدة للطريق الطبيعى لوفاء المدين بالتزامه وانحلال الرابطة بين الدائن والمدين.

والأداء فى اللغة: هو إيصال الحق إلى صاحبه وتسليمه إياه[(١)].

قال تعالى: ﴿**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها**﴾[(٢)].

وفى الشرع: هو فعل الواجب فى وقته المقيد به شرعا[(٣)].

والدين المالى يتحقق أداؤه بتنفيذه عينا فيستوفى صاحب الدين حقه كاملا ممن عليه الدين على الوجه الذى يجب أن يستوفيه به إلا إذا كان المدين بالدين معسرا فنظرة إلى ميسرة.

وتسليم الحق فى الديون إنما يكون بأمثالها، لأنه لاطريق لاداء الديون سوى هذا.

ولكن يجوز الأداء بالأفضل إذا كان بدون شرط.

لأن النبى محمد - ﷺ- استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره فرجع إليه فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه، أن خيار الناس احسنهم قضاء[(٤)].

---

(١) المصابح المنير جـ ١ ص ١٥.

(٢) سورة النساء الآية ٥٨.

(٣) التحرير لابن الهمام مع شرح التقرير والتخبير و ص

(٤) الحديث اخرجه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٤ ورواه مالك فى الموطأ ص ٤٢٢ ، ويراجع البدائع (=)

ووفاء الدين يكون من المدين إلى الدائن.

ولذلك فان للوفاء طرفين وزمان ومكان ونفقات، واشير إلى ذلك فيما يلى:

١- طرفا الوفاء:

وهما الموفى والموفى له:

أ- الموفى: الأصل أن يقوم المدين بالوفاء وإستثناء على هذا الأصل يجوز عند الفقهاء أن يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين كنائبه م ١٩٦ من مرشد الحيوان وم ٩٣٧ كما يمكن أن يتم الوفاء من أحد الاغيار م ١٩٧ من مرشد الحيوان وإذا تم الوفاء من المدين أو من غيره، فالأصل انه ليس للدائن أن يعترض على الوفاء.

ولكن يجوز للدائن أن يعترض استثناء اذا كان هناك اتفاق يقضى يوجوب قيام المدين نفسه بالوفاء أو كانت طبيعة الالتزام تقضى بذلك[١].

وسواء كان الموفى هو المدين أو نائبه أو غيرهما فإنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى يوفى به وأهلا للتصرف فيه[٢].

ب- الموفى له: الأصل أن يكون الوفاء للدائن، ولكن يمكن ايضا أن يكون الوفاء لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه.

جاء فى المادة (٢١٧) من مرشد الحيوان: «إنما يصح دفع الدين لصاحب

(=) جـ٧ ٢ ١٥٠ ، ٣٩٥ ، حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٢٢٦ ، المهذب جـ١ ص ٣١١ ، المغنى جـ٤ ص ٣٥٢ ، كشف الاسرار جـ١ ص ١٦٠ ، مذكرة الالتزامات، احمد بك ابراهيم ص ٢٥.

(١) القواعد فى الفقه الإسلامى لابن رجب الحنبلى، القاعدة التاسعة والستون، ص ١٢٣ وم ٦١٢ من مرشد الحيوان.

(٢) أحكام الالتزام والاثبات أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥١٢، ١٩٨٨م، ١٩٨٩م ، أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ١٥٦.

الدين أو وكيله إن كان صاحب الدين بالغا عاقلا غير محجور عليه فان كان قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه عنه من ولى أو وصى للصغير أو المجنون أو من قاض أو وصيه للسفيه المحجور عليه».

وجاء فى مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام احمد: «أنه يجوز للشريك فى شركات العقد حق استيفاء الدين واساس ذلك انه يعد وكيلا عن الشركاء»(١).

وهذه القاعدة تضمنتها ايضا المادة ١/٣٣٢م م إذ قالت: «يكون الوفاء للدائن أو نائبه» ونائب الدائن هو من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن مثل بواب العمارة الذى يقدم للمستأجر ايصال الأجرة(٢).

ويجب أن يكون الوفاء بالدين كله وليس للمديون أن يجبر الدائن على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض وهذا ما أخذ به القانون المدنى المصرى بشأن الوفاء الجزئى(٣).

زمان الوفاء:

القاعدة فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى المصرى هى وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه مالم يكن الالتزام معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل واقف ولكن يجوز للقاضى فى حالات استثنائية أن ينظر المدين الى أجل معقول أو أن يأذن للمدين بالوفاء على أقساط «وهذه هى نظرة الميسرة) اذا لم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

---

(١) م ١٨٣٨ ، وم ١٨٣٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الأمام احمد بن حنبل.

(٢) احكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥١٣ ، أ.د. طلبه وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٣) حاشية الدسوقى، جـ٣ ص ١٤٧ ط الحلبى، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ١٠٣ ، الشرح الكبير للمقدسى، جـ٤، ص ١١٣ ، ١١٤ ، واحكام الالتزام، أ.د. انور سلطان، ص ٣٥٩ ، المدخل لدراسة القانون، أ.د. عبد الناصر العطار، ص ٢٦٩.

ونصت المادة (٣١١) من مجلة الأحكام الشرعية على أن: «البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه فى مجلس العقد» ، ونصت المادة ٥٦٤ منها على أن: «ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذى سمياه فى العقد، وعند عدم ذكره يعتبر من حين العقد».

وهذا ما نصت عليه أيضا المادة (٣٤٦) مدنى مصرى: «يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك»(١).

مكان الوفاء:

يجب التفرقة بين فرضين بشأن مكان الوفاء:

الفرض الأول: أن يتعين مكان الوفاء فى العقد، فيجب على المدين أن يقوم بالوفاء فى هذا المكان إذا كان الدين مما لحمله مؤنه مثل المكيلات والموزونات والعروض.

الفرض الثانى: إذا لم يعين مكان الوفاء فى العقد، فللمدين هنا أن يقوم بالوفاء ويسلم الشئ فى المكان الذى كان موجودا به وقت العقد(٢) م ٤٨٥

---

(١) م ٤٢٣ من مرشد الحيوان وم ٢٥١ مجلة الاحكام العدلية ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٣٢٤٨ ، فتح القدير لابن الهمام، جـ٥، ص ١٠٨ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٤٧ ، نهاية المحتاج للرملى، جـ٤، ص ٩٩ ، الشرح الكبير مطبوع مع المغنى، جـ٤، ص ١١٣ ، ١١٤ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٤٠ ، المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥١٢ وأ.د. أنور سلطان، ص ٦٣٢ ، وأ.د. طلبه وهبة خطاب، ص ٢٨٩ ، عقد البيع أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٩١، ط ١٩٨٥م ، نقض مدنى ١٩٤١/١٢/٤ مجموعة القواعد القانونية، جض بيع رقم ١٤٧.

(٢) ويراجع حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٤٧، ط الحلبى، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ١٠٦ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٣٠٦٩ ، المدونة الكبرى، جـ٦، ص ٩٦ ، ٩٧ ، ط دار صادر المجموع للنووى، جـ٩، ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ١٦٢ ، المحلى جـ٨، ص ٤٢٧ مسألة رقم (٤٤٥) ، نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى، أ.د. حسن الشاذلى، ص ٣١٢ ، الوجيز فى عقد البيع، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٩ ، ط ١٩٨٥م (نقض ١٩٥٤/١٢/٩ - م ق ق ١١٢ - ٢٧٨).

من مرشد الحيوان.

والقانون المدنى المصرى لايخالف هذه الأحكام:

ففيه يتعين مكان الوفاء وفقا لارادة المتعاقدين فإذا لم يوجد اتفاق على ذلك أو كان مصدر الالتزام هو القانون وجب الرجوع إلى القواعد التى وردت فى المادة ٣٤٧ مم وبمقتضى هذه القواعد يجب أن نفرق بين فرضين ايضا:

الفرض الأول:

إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام. مثل بيع السيارة فان البائع يلتزم بتسليمها للمشترى فى المكان الذى كانت موجودة فيه وقت إبرام عقد البيع هذا مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

الفرض الثانى:

إذا كان محل الالتزام أشياء مثلية فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين وذلك اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال.

مثال ذلك:

إذا باع شخص لآخر ٢٠ أردبا من القمح، التزم البائع بتسليمها فى موطنه إلى المشترى إلا إذا كان البائع تاجر حبوب فيكون تسليمها فى محل تجارته وهذا مالم يوجد اتفاق على غير ذلك[١].

(١) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٢٦ ، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٢٣ ، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٦٤ دار النهضة سنة ١٩٧٤. وم ٧٤٣ من مجلة الأحكام الشرعية.

تفقات الوفاء:

نفـقـات الوفـا ء فى الفـقـه الاسـلامى والقـانون المدنى المصرى على المدين «المشترى فى عقد البيع».

فاذا تطلب الأمر دفع اجره لمن يقوم بعد النقود أو وزنها، ففي هذه الحالة يتحملها المشتري لانه هو الذى تقع عليه مصروفات تسليم الثمن إلى البائع وهذا باتفاق الفقهاء ولكنهم اختلفوا حول أجرة ناقد الثمن(١).

وهذا ما أخذ به أيضا القانون المدنى المصرى.

حيث تنص المادة ٣٤٨ م م على أنه: «تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

فمثلا مصاريف شحن البضاعة إلى مكان التسليم ومصاريف إرسال حوالة بريدية بمبلغ الدين، تكون هذه النفقات على المدين. مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بأن الذى يتحمل هذه النفقات هو الدائن.

وكذلك تنص المادة ٤٦٢ التى تقضى بأن يتحمل المشترى رسوم تسجيل عقد بيع العقار(٢).

---

(١) يراجع بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٣٢٤٧ ، رد المحتار على الدر المختار، جـ٤، ص ٤٢ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٤٤ ، الشرح الصغير، جـ٣، ص ١٥٠ ، ١٥١ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ١٠١ ، شرح المهذب، جـ٩، ص ٢٧٩ ، شرح الخرشى، جـ٤، ص ٦٧ ، ٦٨ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٤٢٧، م ٣٤٥ من مجل الأحكام الشرعية.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٦٥ ، أ.د. طلبة وهبة خطاب، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ٤، ص ١٢٨ ، أحكام الالتزام، أ.د. جمال الدين ذكى، ص ٢٢٧ بند ٢١٤ ط ١٩٧٤م ، عقد البيع، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٢٤٨ ، عقد البيع، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٢٨١، بند ٢٦١.

ثانيــــا

انقضاء الالتزام بالإبراء واستحالة التنفيذ
ومرور الزمن المانع من سماع الدعوى

واتحدث عن هذه الأمور الثلاثة فيما يلى:

أ- انقضـاء الالتـزام بالإبراء فى الفـقـه الإسلامى والقـانون المدنى المصرى:

الابراء فى اللغة:

يستعمل ايضا فى الشفاء والخلاص والمفاصلة والمفارقة والإعذار والإنذار، والذى يعنينا هنا هو الإبراء بمعنى إسقاط الدين عن المدين[١].

وفى الشرع:

هو إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر[٢].

١- إبراء اسقاط: وهو أن يبرئ الغريم مدينه من كل الدين ويسقط عنه أو يحط بعضه عن ذمته.

٢- إبراء الاستيفاء: وهو عبارة عن إقرار الدائن باستيفاء دينه الذى كان له فى ذمة مدينه[٣].

والإبراء الذى يعنينا ويدخل فى دراستنا باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام هو النوع الأول إبراء الإسقاط والذى يعنى إزالة الحق الثابت نهائيا مع عدم نقله

(١) مختار الصحاح، ص ٤٥ (الباء والراء والهمزة) ، المصباح المنير، جـ١، ص ٢٦ ، باب الباء مع الراء والهمزة ، المعجم الوسيط، جـ١، ص ٤٥، ط ١٩٦٠م ، باب الباء مع الراء والهمزة.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٤، ص ١٧٦ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٩٦.

(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ١٧٦ ، والاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٤٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزى المالكى، ص ٣٦٦ ، ص ٣٩٨ ، والأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٣١ ، ٤٦٠.

لغير المختص به[١].

وفي القانون المدني المصري:

الإبراء هو: «نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرعي حتما يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين هو انقضاء الالتزام» فهو عمل من أعمال التبرع[٢].

صيغة الاسقاط:

لايصح الإبراء بأبراك الله، وذلك لأن الحق له لا لله، ويصح الإبراء (الإسقاط) بكل لفظ يدل عليه.

كاسقطت، تركت، ووهبت، وأبرأت، وأحللت، وتصدقت، وعفوت، وملكتك اياه.

لقوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾[٣]، بمعنى يعفوا ويسقطوا.

وقال سبحانه: ﴿إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح﴾[٤]، يعنى به الإبراء من الصداق[٥].

---

(١) المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، جـ١ ص ٤٣٦، أساس البلاغة للزمخشرى، ص ٤٤٦، الفروق للقرافى، جـ٢، ص ١١٠، ١١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٤٨.

(٢) إحكام الالتزام، أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٤٧٤، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٤١٤، أ.د. محمود جمال الدين ذكى، جـ٢، ص ٢٥١، ط ١٩٧٤م، الوسيط، جـ٣، ص ٩٦٢، ط ١٩٥٨م.

(٣) سورة النساء الآية: ٩٢.

(٤) سورة البقرة الآية: ٢٣٧.

(٥) الاشباه والنظائر لابن نجيم، جـ٣، ص ١٥٠، م ١٦٥٥ من مجل الأحكام الشرعية، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٤، ص ٨٨، المغنى، جـ٥، ص ٦٥٨، ٦٥٩، كشاف القناع، جـ٢، ص ٤٧٧، ٤٧٨، البحر الزخار، جـ٥، ص ٩٦، ٩٧.

ركن الإبراء:

ركن الإبراء فى المذهب الحنفى يتكون من الصيغة فقط على أساس أن وجودها يستلزم وجود العاقد ومحل الإبراء ، وذلك بخلاف بقية المذاهب فركن الإبراء فيها يتكون من الصيغة والعاقد ومحل الإبراء.

ولكن لما كان الإبراء إسقاطا فهل يكون ركنه الايجاب وحده أم لابد من القبول.

اختلف فى هذا الفقهاء على قولين:

القول الأول:

عند الحنفية لايحتاج إلى القبول إلا فى بدل الصرف والسلم لأن قبض رأس مال السلم شرط صحة السلم فلو جاز الإبراء من قبوله، وفيه اسقاط هذا الشرط، لكان الإبراء فسخا، وأحد العاقدين لاينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابراء ويبقى عقد السلم على حالة. وكذلك بدل الصرف[١].

وعند الحنفية أيضا الإبراء يمكن أن يرتد بالرد، إلا فى مسائل:

الأولى: إذا أبرأ المحتال المحتال عليه، فرده لم يرتد.

الثانية: إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه لم يرتد.

الثالثة: إذا أبرأ الطالب الكفيل.

الرابعة: إذا قبله ثم رده كما ذكره الزيلعى فى مسائل شتى من القضاء وهذا على القول الراجح عندهم[٢].

القول الثانى:

الراجح عند المالكية أن الإبراء نقل للملك فيكون من قبيل الهبة فيحتاج

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٤٣ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٣١٢٥ ، الناشر دار زكريا على يوسف بالقاهرة م ٢٣٩٠ من مرشد الحيوان ، م ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٤٣.

إلى القبول.

ووجهتهم فى هذا:

أن المنة قد تعظم فى الابراء، وخصوصا من السفلة فجعل الشارع الحكيم لهم قبول ذلك أو رده نفيا للضرر الحاصل من المن من أهلها أو من غير حاجة.

والرأى الآخر عند المالكية أن الإبراء من قبيل الاسقاط للحق كالطلاق والعتاق فلا يحتاج إلى القبول[١].

وإلى هذا الرأى ذهب أيضا الحنابلة حيث قالوا أن الإبراء اسقاط كأسقاط القصاص والشفعة.

وعند الشافعية لايشترط القبول على الأصح[٢].

وقد اشترط الفقهاء شروطا يجب توافرها لصحة الإبراء (الإسقاط) هى:

١- ألا يترتب على الإسقاط تغيير لأحكام الشرع.

٢- أن يكون الإسقاط بعد وجوب الحق.

٣- ألا يكون الحق المسقط عينا من الأعيان.

٤- ألا يكون الحق ثابتا لغير المسقط أو مشتركا بينه وبين غيره[٣].

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه، جـ٤، ص ٩٩ ، الفروق للقرافى، جـ٢، ص ١١٠ ، ص ١١١.

(٢) المغنى، جـ٥، ص ٦٥٨ ، ٦٥٩ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ٤٧٧ ، وم ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٥٢٤، ط ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ م دار الكتب العلمية - بيروت ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٢٩٦ ، ٢٩٧.

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣١٦ ، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٤٦٢ ، الأم، جـ٥، ص ٢٦٤ ، المغنى، جـ٧، ص ٥٧٧ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٣١٠ ، ٣١١ ، المحلى، جـ١٠، ص ٢٤٤ ، نظرية المعاملات للشيخ احمد فهمى أبو سنة، ص ١٥٣ ، المعاملات فى الشريعة الاسلامية، للشيخ احمد أبو الفتح، جـ٢، ص ٥٤٣ ، ٥٤٤.

شروط الإبراء في القانون المدني:

تنص المادة ٣٧٢م م على ما يأتى:-

١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع.

٢- ولايشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام، يشترط لقيامه شكل خاص فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

وكما هو واضح من النص السابق فان الابراء كتصرف قانونى يشترط فيه شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل لأن الإبراء تصرف قانونى رضائى وليس بشكلى، ينعقد بارادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الارادة فى ورقة رسمية أو فى أى شكل خاص إلا إذا كان الدائن قد أوصى به قبل موته[١].

أما الشروط الموضوعية للابراء:

فهى الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع.

ومن ثم فالابراء لابد فيه من صدور ارادة من الدائن، وأى تعبير عن هذه الارادة يكفى سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا، وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذى أهلية كاملة - والأهلية هنا هى أهلية التبرع لأن الابراء تصرف تبرعى فيجب إذن أن يكون الدائن بالغا سن الرشد غير محجور عليه حتى يصدر منه الإبراء صحيحا، كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب فيجب الا يشوبها غلط أوتدليس أو إكراه أو استغلال وإلا كان الابراء قابلا للابطال وللإبراء ككل تصرف قانونى، محل، ومحل الإبراء هو الالتزام الذى يبرئ الدائن منه المدين، ويصح أن يقع الابراء على أى التزام مالم يكن ذلك مخالف للنظام العام.

---

(١) الوجيز، أ.د. محمود ذكى، ص ٩٩٤ ، ٩٩٥ فقرة ٦٠٤ ، ط ٣ سنة ١٩٧٨م ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٤١٧.

وللإبراء اخيرا ككل تصرف قانونى، سبب والسبب هو الباعث، الدافع إلى الإبراء. فأن كان هذا الباعث مشروعا صح الإبراء وإلا كان باطلا وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة[١].

ب- استحالة التنفيذ:

نصت المادة ٣٦٣ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية على انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ اذ قالت: «ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب لايد له فيه».

وذلك مثل هلاك المبيع كله قبل القبض بآفة سماوية، هنا فيفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشترى ان لم يكن قد دفعه واسترداده ان كان قد دفعه[٢].

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى.

ويشترط لانقضاء الالتزام فى هذه الحالة:

١- أن يصبح الالتزام مستحيلا على المدين استحالة تامة فلا يكفى أن يصبح الالتزام مرهقا للمدين فقط.

٢- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبى من المدين كقوة قاهرة أو خطأ الغير. وقد يظل المدين مسئولا عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبى وذلك فى حالة ما إذا اتفق على التشديد من

---

(١) الوسيط للاستاذ الدكتور السنهورى، جـ٣ ، المجلد الثانى، ص ١١٣٣ وما بعدها، بند ٥٨١، دار النهضة.

(٢) البدائع، جـ٧، ص ٣٢٣٥، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٧٦ ، المهذب، جـ١، ص ٢٩٦ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ١١٦ ، احكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٤٤ وما بعدها ، احكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٥٠ وما بعدها.

أحكام المسئولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة م٢١٧ م م ، والذى يتحمل تبعة الاستحالة فى العقود الملزمة للجانبين هو شخص المدين، أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فالذى يتحمل تبعة الاستحالة هو الدائن بهذا الالتزام.

جـ- مرور الزمان المانع من سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى (التقادم) فى القانون المدنى المصرى:

السائد فى الفقه الاسلامى:

أن الحق لاينقضى ولايسقط بتقادم الزمان ولكن يترتب على مرور الزمان عدم سماع الدعوى بالحق، اذ الحق فى الفقه الاسلامى لايسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تبرأ ذمته بالاستيفاء أو الإبراء، ومرور الزمن (التقادم) يؤثر فى منع سماع الدعوى إذا كان المدعى عليه منكرا لهذا الحق.

لأن ترك الدعوى مع التمكن من قيامها يدل على عدم وجود الحق ظاهرا[1]، وهذا واضح من نص المادة ١٦٧٤ من مجلة الأحكام العدلية «لايسقط الحق بتقادم الزمان»، وكذلك نص المادة ٢٥٦ من مرشد الحيوان: «دعوى الدين أيا كان سببه لاتسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة».

وقد استند الحنفية فى ذلك:

إلى الإستحسان، وقاعدة «القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان» واستثناء بعض الخصومات.

وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

---

(١) مذكرة مبتدأة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الاسلامى للاستاذ احمد ابراهيم بك، ص ٢٢٧ ، مكتبة عبد الله وهبة بمصر ١٣٦٤ هـ - ١٩٤٥ م .

لاتسمع ويجب عليه عدم سماعها.

وجاء فى حاشية رد المحتار لابن عابدين: «أن القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ»(١).

وعند الحنابلة كذلك، مرور الزمن لايسقط الحق وإنما يمنع سماع الدعوى به.

وعندهم كذلك يصح للإمام نهى القاضى عن النظر فى بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم فى مسألة معينة.

ومثله لو قال: لاتقضى فيما مضى له عشر سنين ونحو ذلك(٢).

المدة المانعة من سماع الدعوى وبدء سريانها:

المدة المانعة من سماع الدعوى فى الفقه الحنفى - خمس عشرة سنة دون تفرقة بين العين والدين أى بين الحق الشخصى والحق العينى(٣).

ولكن فى نصوص الفقه الاسلامى والحنفى خاصة ما يفيد بأن المدة تكون غير ذلك بالنسبة للوقف والارث.

فمن كان واضعا يده على عقار متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف الا لعذر شرعى(٤).

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار، جـ٤ ص ١٥٥، ط٢ ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م دار الفكر - بيروت، الاشباه والنظائر لابن نجيم، جـ ص دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

(٢) م ٢٠٤٩ ، م ٢٠٥١.

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم، المرجع السابق، المادة ١٦٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر، م ١٥٢٠ من مرشد الحيوان.

سريان المدة:

يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى من تاريخ ثبوت الحق للمدعي باقامة الدعوى بالمدعى به.

وبناء على ذلك يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى فى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل لأنه قبل حلوله لا يملك المدعى الدعوى والمطالبة بذلك الدين.

مثلا لو ادعى شخص على آخر فقال لى عليك كذا دراهم من ثمن الشئ الفلانى الذى بعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلا ثمنه بثلاث سنين تسمع دعواه لأنه يكون قد مر اعتبارا من حلول الأجل اثنتا عشرة سنة لاغير[١].

(١) م ٢٥٨ من مرشد الحيوان ، م ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية . أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٤٢٠.

القادم المسقط فى القانون المدنى

تعريف التقادم المسقط:

تنص المادة ١/٣٨٦ مدنى على أنه: «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام»، إلا أن الرأى السائد فقها والذى تؤيده مجموع النصوص القانونية لايرى فى التقادم سببا حقيقيا من أسباب انقضاء الالتزام بل مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة وعلى ذلك فالصحيح هنا أن التقادم يسقط الالتزام المدنى ويتخلف عنه التزام طبيعى وبالتالى فالتقادم المسقط هو: «دفع موجه إلى دعوى الدائن يؤدى إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه»[(١)].

شروط التقادم:

يشترط للتقادم المسقط مرور مدة معينة دون مطالبة المدين بالحق. وهذه المدة تختلف من نوع إلى آخر من انوع التقادم.

اولا: التقادم الطويل:

الأصل فى الالتزام أن ينقضى بالتقادم الطويل أو التقادم العادى ومدته خمس عشرة سنة ميلادية. مالم ينص القانون على غير ذلك. (م ٣٧٤) مدنى مصرى.

وأساس التقادم هنا رأى يتغلب عليه قرينة الوفاء من المدين «الصالح الخاص» ورأى آخر يغلب فكرة تجنب النظر فى المنازعات التى يصعب الفصل فيها فمن مصلحة الجماعة تصفية المراكز القديمة فى شأن عقود ووقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد المستندات الخاصة بها أو استحالة تذكرها، مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق فيها.

---

(١) الموجز للاستاذ الدكتور السنهورى، بند ٦٠٣ وما بعدها ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٥٣.

ثانيا: التقادم الخمسى :

ومدة التقادم تكون فيه خمس سنوات وهو يسرى على ثلاثة أنواع من الحقوق وهى:-

١- الحقوق الدورية المتجددة:

ويقصد بالتجديد أن مايؤدى من الدين فى موعده لاينقص من أصله.

ومثالها أجرة المبانى والأراضى الزراعية والفوائد ... الخ «م ١/٣٧٥» مدنى.

وأساس التقادم فى هذه الحقوق:

ليس قرينة الوفاء وإنما الرغبة فى رعاية جانب المدين حتى لايجبر على أداء هذه الديون من رأس ماله بدلا من ريعه، فيما لو تراكمت عليه لمدة أطول من خمس سنوات مما قد يلحق به أشد الأذى.

ولكن المشرع استثنى بعض الحالات من ذلك وأخضعها للتقادم الطويل فتنص المادة ٢/٣٧٥ م م على أنه: «لايسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة باعتبار أن الدورية والتجدد ليست من صفات هذين النوعين من الحقوق وان بدت كذلك فى الظاهر، ولذا أجرى فى شأنها القاعدة العامة وهى سقوط الحق فى المطالبة بالتقادم الطويل.

٢- حقوق بعض اصحاب المهن الحرة:

تنص المادة ٣٧٦ على أنه: «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات واساس التقادم هنا قرينة الوفاء، ولذا لايجوز للمدين

التمسك بهذا التقادم اذا أتى عملا يتنافى وهذه القرينة، كذلك يستند هذا التقادم إلى ما جرت به العادة من عدم تحرير سندات مثبته لهذه الحقوق وبالتالى من عدم تحرير مخالصات مثبتة للوفاء بها، ولذا يتحول هذا التقادم إلى تقادم طويل اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق أو صدر حكم به (٢/٣٧٩ مدنى).

٣- الحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية:

كالدعوى المتعلقة بالكمبيالات بالتطبيق للمادة ١٩٤ تجارى وأساس التقادم هو افتراض الوفاء.

ثالثا: التقادم الثلاثي:

يسرى التقادم الثلاثي طبقا للمادة ٣٧٧ على الضرائب والرسوم المستحقة للدولة والتقادم الثلاثى ليس قاصرا على هذه الحالة وانما هناك حالات أخرى منصوص عليها فى مواد متفرقة م ١٤٠ ، ١/١٧٢ ، ١٨١ ، ١٨٧ ، ١٩٧ ، ٢٤٣ ، ١/٧٥٢/

وأساس التقادم هنا هو عدم اثقال كاهل الممولين إذا تراكمت الضرائب عليهم نتيجة لاهمال موظفى الدولة فى جبايتها.

وأساس التقادم فى الحالات الاخرى هو الرغبة فى تقصير امد الخصومات[١].

رابعا: التقادم الحولى:

تنص المادة ٣٧٨ على طوائف ثلاث من الحقوق تتقادم بسنة واحدة وهى:

١- حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

(١) احكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٥٣ وما بعدها، ط دار النهضة العربية، ١٩٧٤م.

٢- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء.

٣- حقوق العمال والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثم ما قاموا به من توريدات.

وأساس التقادم فى هذه الحالات هو قرينة الوفاء ومبنى هذه القرينة أن الحقوق التى يرد عليها هذا التقادم هى حقوق عادية تزخر بها الحياة اليومية ولذا لم تجر العادة على تحرير سند بها أو على السكوت طويلا عن استيفائها.

وقرينة الوفاء وهى لحمة هذا التقادم، قرينة واهية، ولذا يتعين تعزيزها باليمين واليمين يوجهها القاضى إلى المدين من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب الدائن واذا نكل عنها المدين، أى رفض أن يحلف على أنه أدى الدين فعلا الزم بالوفاء رغم مضى السنة ورغم تمسكه بالتقادم.

والمدد السابقة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها وهذا ما نصت عليه المادة ١/٣٨٨ على أنه: «لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون»[١].

حساب مدة التقادم:

يكون حساب مدة التقادم على أساس التقويم الميلادى وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات (م ٣٨٠).

والقاعدة أنه لايبدأ التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (م ٣٨١)[٢].

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٧٢ وما بعدها، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٤٦ وما بعدها.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٧٢ وما بعدها ، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٤٦ وما بعدها.

موازنة بين مرور الزمن فى الفقه الاسلامى والتقادم فى القانون المدنى المصرى:

١- إن جوهر مرور الزمن فى الفقه الاسلامى يختلف عن التقادم فى القانون المدنى وخاصة من حيث الأثر.

فمرور الزمن فى الفقه الاسلامى لايسقط الحق وانما يسقط الدعوى به بصفة عامة بينما التقادم يسقط الحق ذاته ولايسقط الدعوى به فقط.

٢- من حيث المدة يتفق القانون المدنى فى القاعدة العامة بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى حيث تتحدد المدة فى دعوى الدين - بصفة عامة - بخمس عشرة سنة أيضا.

٣- من حيث بدء سريان المدة يتفق القانون المدنى مع الفقه الاسلامى اذ تبدأ المدة فى السريان فى القانون من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء وتبدأ فى الفقه الاسلامى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به وهو تاريخ استحقاق الدين[1].

(١) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٤٣٣.

الفصل الأول

فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: مبدأ المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الثانى: أركان المقاصة وشروطها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الثالث: صور المقاصة وكيفية وقوعها وموانعها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الرابع: آثار المقاصة والتنازل عنها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الأول

مبدأ المقاصة فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى ماهية المقاصة وحكمها والأدلة على مشروعيتها.

وتحته ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف المقاصة لغة واصطلاحا وقانونا.

الفرع الثانى: حكم المقاصة.

الفرع الثالث: الأدلة على مشروعية المقاصة.

المطلب الثانى: فى طبيعة المقاصة.

المطلب الثالث: تمييز المقاصة عما يشتبه بها من وسائل الوفاء والضمان.

المطلب الأول

تعـــريف المقاصـــة
لغة واصطلاحا وقانونا

أولا: تعريف المقاصة لغة :

المقاصة والقصاص مصدر قاصه مقاصة وقصاصا ولها معانى فى اللغة منها:

١- القطع:

يقال قص الثوبَ بالمقراض اذا قطعه، ويقال قصصت ما بينهما أى قطعت، يقال قاصه فى حساب أو غيره مقاصة وقصاصا قاطعه: أى كان له دين مثل ما عليه فجعل الدَّين فى مقابلة الدُّين ، وقص الشعر والظفر قصا قطع منهما بالمقص[١].

٢- تتبع الأثر:

ومنه القاص أى المتتبع الآثار والأخبار، وقص له أى تلاه شيئا بعد شئ ، وقصصت الشئ إذا تتبعت أثره شيئا بعد شئ ومنه قوله تعالى: ﴿وقالت لأخته قصيه﴾[٢] أى اتبعى أثره.

٣- المساواة والمماثلة:

ومنه سمى المقص مقصا لتساوى طرفيه ومن هذا المعنى القصاص والمقاصة[٣] والقصاص هو مقاصة ولى المقتول القاتل.

---

(١) لسان العرب، جـ٧، ص ٧٣ ، ٧٤ مادة قص، دار صادر سنة ١٩٥٦، محيط المحيط، جـ٢، ص ١٧٢.

(٢) سورة القصص الآية: ١١.
التفسير للشوكانى، جـ١، ص ١٧٤ ، وتفسير القرطبى، جـ٢، ص ٦٢.

(٣) محيط المحيط، جـ٢، ص ١٧٢٠ ، المصابح المنير، جـ٢، ص ٦٢٠ ط المكتبة العلمية ، بيروت.

٤- قص بمعنى حكى وروى وحدّث:

وتسمى القصة قصة لأن الحكاية تساوى المحكى وقيل القص، البيان قال تعالى: ﴿نحن نقص عليك أحسن القصص﴾[١] ومما ذكر يتضح لى أن المقاصة لغة مفاعلة من الجانبين لأن كلاً يقاصص الآخر، فيستوفى حقه منه لأن القصاص استيفاء الحق والتقاص التناصف فى المقاصة، والمقاصة تطلق غالبا على الحقوق المالية المتقابلة، أما القصاص فيطلق على الحقوق عامة مالية كانت أو غير مالية[٢].

ثانيا: تعريف المقاصة فى الاصطلاح الفقهى:

لقد اعتنى فقهاء المالكية بالمقاصة فخصصوا لها فصلا منفردا[٣] فى حين أن الفقهاء الآخرين لم يفردوا لها فصلا خاصا وانما ذكرها الشافعية وبعض الحنابلة فى باب المكاتب ومنهم من ذكرها فى أبواب متفرقة مثل باب الصرف وباب التصرف بالديون وباب السلم وغيرها. واشير فيما يلى إلى بعض تعريفات الفقهاء.

١- تعريف الحنفية:

معنى المقاصة عند الحنفية المساواة والمماثلة، يستفاد ذلك من قول السرخسى: «أن المعتبر فى المقاصة المساواة المأخوذة من قول القائل "التقاء الدينان قصاصا عند تساويهما أصلا ووصفا"»[٤].

وهذا التعريف قد أخذوه من المعنى اللغوى وهو المساواة وعرفوا به المقاصة.

---

(١) سورة يوسف من الآية: ٣.

(٢) المعجم الوسيط، جـ٢، ص ٧٣٩ ، لسان العرب، جـ٧، ص ٧٦ ، مختار الصحاح، ص ٥٣٨ وزارة المعارف العمومية - المطبعة الاميرية ١٣٤٥ هـ - ١٩٢٦ م.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ١ ، من ص ٢٢٧ إلى ص ٢٣١، ط عيسى الباب الحلبى.

(٤) المبسوط، جـ٢٦، ص ١٢٥ ، أحكام القرآن لابن العربى، جـ١، ص ٦٠ دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت.

٢- أما المالكية:

فقد تفردوا دون غيرهم من فقهاء المسلمين بذكر تعاريف لصور المقاصة المختلفة فشمل بعض تعاريفهم المقاصة الجبرية وأخرى المقاصة الطلبية والبعض الآخر المقاصة الاتفاقية.

وسوف أعرض لبعض التعاريف لصور المقاصة المختلفة:

أ- جاء فى حاشية مجموع الأمير أن المقاصة هى: «اسقاط مالكَ من دَين على غريمك فى نظير ماله عليك بشروطه»[١].

وهذا التعريف شامل للمقاصة الاتفاقية وللمقاصة التى يطلبها أحدهما وإن أبى الآخر وكلمة «بشروط» تجعل التعريف منضبطا مانعا من دخول غير افراد المعرف فيه[٢].

ب- وقال زروق تعريفا للمقاصة هى: «جعل مالك فيما عليك لتساوى الدينين أو فى بعضه عند وجوبه بقدره اذا تراضيا عليه وفى الحكم بها ان امتنع أحدهما»[٣].

وهذا التعريف جريا على القول بأنها لاتكون الا عن تراض منهما فهو يشمل المقاصة الاتفاقية والطلبية.

جـ- وعرفها ابن سلمون: «أن يكون لكل واحد منهما حق قبل الآخر من جنس واحد فيذهبان إلى الاقتطاع»[٤].

وهذا التعريف قريب من تعريف زروق فابن سلمون يطلب الاتفاق على

---

(١) المقاصة، أ.د. محمد سلام مدكور، ص ٩ ، وحاشية مجموع الامير محمد بن محمد السنباوى المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ، نسخة خطية نقلت سنة ١٢٦٠ هـ.

(٢) المقاصة د. محمد سلام مدكور، ص ٩ ، والدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٧.

(٣) شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى، جـ٢، ص ١٤٠ مطبعة الجمالية، سنة ١٣٣٢ هـ.

(٤) العقد المنظم للحكام لابن سلمون، جـ١، ص ٢٦٣ ، مكتبة جامعة القاهرة - مكتبة الحقوق.

المقاصة فى مقاصة اتفاقية حيث عبر (فيذهبان إلى الاقتطاع) أى يتفق الطرفان على أن يذهب كل منهما إلى اقتطاع مال من حق فيما عليه من دين. ويكون السادة المالكية بهذا التعريف قد أخذوا من أحد المعانى اللغوية وهو الاقتطاع وعرفوا به المقاصة.

د- وعرفها ابن عرفة بقوله إن المقاصة هى: «متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما»(١).

شرح تعريف ابن عرفة:

المتاركة مفاعلة من الجانبين، أى كل من الدائنين يترك ماله قبل مدينه فى مقابله أن يترك هذا المدين ماله قبل هذا الدائن.

بمماثل أى أن الدينين متماثلان الصنفية فيخرج بذلك الدينان المختلفان فى الجنس والنوع.

وقد اعترض على وجود كلمة (مماثل) فى التعريف كما اعترض على حذفها منه، فان وجودها يقتضى أن الدينين الغير متماثلين لاتقع بينهما المقاصة مثل الذهب والفضة مع أنها تكون بينهما بشرط الحلول.

وعدم وجودها يقتضى أن لامقاصة بين المسكوك وغيره من الذهب لأن الأصل فى مثل الشئ انه المشارك له فى كل الصفات مع أنها قد تكون فى المسكوك وغيره من الذهب.

صنف فاعل لمماثل. أى بمماثل فى الصنفية، فيخرج بذلك الدينان المختلفان فى الجنس النوع.

ماعليه: أى ما على كل منهما من الدين.

وكلمة ما عليه أعم من كلمة الدين، إذ الأولى يدخل فيها ما حل من

(١) مواهب الجليل شرح مختصر الخليل، للحطاب، جـ٢ ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م دار الفكر.

الكتابة ونفقة الزوجة وهما عند المالكية.

لماله: متعلق بمماثل، أى بالمال الذى له.

على طالبه: تتعلق بالعلة والمراد هنا أنه يقضى بها لمن عليها ولو تراضيا على تركها سابقا، لان المقاصة الجبرية تقع منذ تحقق شروطها فاذا وقعت انتهى حق المقاصة بين الطرفين، لهذا لايمكن التراض على تركها لانه تراض على لاشئ، وهذا دليل على قول المالكية بالمقاصة الجبرية.

فيما ذكر - متعلق بالمتاركة، وما ذكر المتماثلان فى الصنفية.

عليهما - حال من (ماذكر)، أى حال كون المتماثلين على المتتاركين لاعلى غيرهما فيخرج المتاركة فى غير المذكور كأن تاركه فى حق لهما على شخص آخر لان هذه ليست مقاصة بل حوالة.

وهذا التعريف جامع مانع.

فهو جامع: لانه يشمل المقاصة الجبرية بقوله «متاركة مطلوب بمماثل صنفا» وهذا يؤخذ من مراجعة شروطها.

كما يشمل المقاصة الطلبية لأنه ذكر «ماعليه» بدل الدين فشمل ما حل من الكتابة ونفقة الزوجية ووقوع المقاصة هنا يحتاج إلى طلب من كان الحق لصالحه - أى من كان دينه أقوى.

ولو أتى بكلمة الدين بدل «ما عليه» لم تكن شاملة لنفقة الزوجة والكتابة لأنهما ليسا دينين ومع ذلك تقع المقاصة فيهما.

وعدم زيادة كلمة «ماليا» فى التعريف ليخرج بها متاركة حدى القذف والجرح لاينتقض بها التعريف.

فقد قال ابن عرفة نفسه:

أن هذا التعريف لاينقض طرده بمتاركة متقاذفين حديهما أو طلبيهما على شرط ثبوت الحد بالحكم به، ولابمتاركة متجارحين جرحين متساويين، لأن المتماثلين عرفا، لا لغة، ما صح قيام أحدهما مقام الآخر، وهذا لايصدق على حد القذف ولا على طلبهما، ولا على الجرحين للاجماع على أن احدهما لايصح بدل الآخر بحال.

وهذا التعريف مانع:

من دخول متاركة متقاذفين أو متجارحين حديهما كما سبق ذكره بسبب ذكر كلمة «مثل» فى التعريف.

وقد ورد فى حاشية البنانى على شرح الزرقانى.

أولا أنه غير جامع لعدم شموله المقاصة فى الدينين المختلفين فى الجنس، وسبق الرد على ذلك.

وثانيا- المفروض أن يقول بمماثل فى الصنفية بالضمير ولكن يرد على ذلك بأن فى كلام ابن عرفة اظهار فى محل اضمار لأن قوله ما عليه هو عين الضمير الراجع «لما» ولو لم يظهر لقال بمماثل صنفه وكان أوضح(١).

وبالنظر فى التعاريف السابقة:

نجد أنها متقاربة وشملت المقاصة الجبرية والطلبية وكلها تؤدى إلى مبدأ معين فى الفقه الاسلامى وهو أنه اذا كان هناك شخصان كل منهما دائن ومدين

---

(١) يراجع فى شرح التعريف حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٧ ، وحاشية العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ٢٦٨ ، شرح الخرشى على مختصر الخليل، جـ٥، ص ٢٦٨، وحاشية البنانى على شرح الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣٠ ، مطبعة محمد افندى مصطفى بمصر ، مواهب الجليل للحطاب، جـ٤، ص ٥٤٩ ، مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا ، والمقاصة فى الفقه الاسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٩ ، ١٠ ، والمقاصة، د. ليلى عبد العزيز، جامعة القاهرة، ومنح الجليل، جـ٣، ص ٥٢.

بدين للآخر فان الدينين يقع التقاص فيهما.

وفاء للديون فكل من الدائنين يحبس ما فى ذمته من دين ضمانا ووفاء لدينه بما له من دين قبل الطرف الآخر.

ثالثا: تعريف المقاصة فى القانون المدنى المصرى:

كان القانون المدنى المصرى القديم يذكر تعريفا للمقاصة فى المادة ١٩٢ / ٢٥٦ ونصها: «المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاقدين اذا كان كل منهما دائنا للآخر.

ثم عدل واضعوا القانون المدنى الجديد عن ذكر التعاريف تمشيا مع معظم القوانين الحديثة[١].

فنصت المادة ١/٣٦٢ م م على أنه: «للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء، صالحا للمطالبة به قضاء.

فالنص كما هو واضح خالى من تعريف للمقاصة ويكتفى بذكر الخصائص والنصوص والأحكام.

على أساس أنه من الأليق بالتعريفات أن تكون فى الشروح لافى القوانين لأن وضعها فى القوانين يحدث ارتباكا فى كثير من الأحوال لأن التعريفات التشريعية لاتعدوا أن تكون رسوما أو ضوابط كما يندر أن تكون جامعة ومانعة[٢].

---

(١) شرح القانون المدنى لزغلول باشا، ص ١٩٨ ، المطابع الاميرية بمصر سنة ١٩١٣ م.

(٢) المقاصة فى الفقه الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٨ دار النهضة المصرية.

وعرف شراح القانون المدنى المقاصة بأنها:

١- طريق لانقضاء دينين متقابلين فى ذمة شخصين كل منها دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت، بقدر الأقل منهما(١).

٢- وبتعريف آخر: «هى سبب لانقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما»(٢).

فلو كان (أ) مدينا بمبلغ ١٠٠٠٠ جنيه على سبيل القرض والدائن له (ب)، ثم اشترى (ب) شيئا من (أ) بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه وصار بذلك مدينا بهذا المبلغ تقع المقاصة بين الدينين بقدر الأقل منهما بحيث لايبقى فى ذمة أحدهما الا ما زاد على هذا القدر ومن ثم ينقضى الدينان فى حدود ٥٠٠٠ جنيه فالدائن بالقدر الأقل وهو (أ) يكون قد استوفاه كله أما الدائن بالقدر الأكبر وهو (ب) فلم يستوف الا جزءا من حقه ويبقى الجزء الآخر فى ذمة مدينه وهو (أ).ويجب الوفاء به (٣).

وبالنظر فيما ذكره رجال الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى بشأن تعريف المقاصة نجد أنه:

لم يذكر رجال القانون المدنى الا تعريف المقاصة القانونية فقط ويمكن ارجاع ذلك إلى أن نصوص القوانين الوضعية لم تذكر الا أحكام المقاصة القانونية. أما الفقه الاسلامى فقد شملت تعريفات فقهاء صور المقاصة المختلفة. (الجبرية، والاتفاقية، والقضائية).

ولاشك أن التوسع فى أنواع المقاصة وتنظيم أحكام كل نوع يؤدى إلى تحقيق اغراض المقاصة التى شرعت من أجلها.

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤١٩ ط ١٩٧٤ دار النهضة العربية.
(٢) أحكام اللالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩١ مكتبة سيد عبد الله وهبه.
(٣) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٠ الطبعة الأولى.

الفرع الثانى

حكــم المقاصــة

والمراد من الحكم هنا هو وصف المقاصة الشرعي فى الفقه الاسلامى وقد اختلف الفقهاء فى حكم المقاصة على ثلاثة مذاهب كما يلى:

١- **المذهب الأول:** ويرى أصحابه أن حكم المقاصة الاباحة وهو رأى جمهور الفقهاء[١].

٢- **المذهب الثانى:** ويرى أصحابه أن حكم المقاصة الوجوب وهو رأى ابن حزم الظاهرى[٢].

٣- **المذهب الثالث:** ويرى أصحابه أن المقاصة غير مباحة مطلقا وهو رأى طائفة (الهادوية) من الشيعة[٣].

---

(١) البحر الرائق، جـ٦ ص ٢١٧ ، جـ٤، ص ١٩٤ ، فتح القدير، جـ١، ص ١٩١ ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٥٠ ، بلغة السالك، جـ٢، ص ١١٨ ، شرح الخرشى، جـ٤، ص ١٤٣ ، الام، جـ٧، ص ١٢١ ، الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى، جـ٨، ص ٢٠٩ ، ٢١٠.

(٣) المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ٢١٠.

الأدلـــــــة

اولا: أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأن حكم المقاصة الاباحة[١] وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

واستدلوا بالكتاب والسنة:

أما استدلالهم بالكتاب: فقد وردت آيات كثيرة تحث على الوفاء بالديون.

ومن هذه الآيات:

١- قال تعالى: **﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى اهلها﴾**[٢].

وقال تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان﴾**[٣].

وقال تعالى: **﴿والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم﴾**[٤].

ولاشك أن الدائن اذا ما جحد المدين حقه فان هذا الجحود اعتداء منه

---

(١) المباح فى اللغة بمعنى المعلن - وهو ضد المحظور، وعرفه الغزالى بقوله: «الذى ورد الاذن من الله تعالى بفعله وتركه غير مقرون بذم فاعله ومدحه ولا يذم تاركه ومدحه» المصباح المنير، كتاب الباء مع الواو، ص ٨٢ المطبعة الاميرية، المستصفى للغزالى، جـ١، ص ٦٦ ، المطبعة الاميرية - ببولاق مصر سنة ١٣٢٤ هـ .

(٢) سورة النساء الآية: ٥٨.

(٣) سورة البقرة من الآية: ١٧٨.

(٤) سورة البقرة الآية: ١٩٤.

فحق الدائن اذا ماظفر بحقه عندما يصبح مدينا له بمثل دينه فله الحق فى رد الاعتداء بمثل مانكل به المدين ويمتنع عن دفع دين المدين ويقاصصه.

وقال تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾[١].

وقال الطبرى: إن الآية نزلت فى حزبين تحاربا على عهد رسول الله -ﷺ- فقتل بعضهم بعضا، فأمر النبى -ﷺ- أن يصلح بينهم بأن تسقط ديات نساء أحد الحزبين بديات نساء الآخر وديات رجاله بديات رجاله وديات عبيده بديات عبيده وهذا معنى القصاص فى هذه الآية[٢].

ففى هذه الآيات دليل قوى واضح على جواز المقاصة فى الديات، والدية دين فثبت جواز المقاصة فى الديون وقال -ﷺ- لعقبة بن عامر حينما سأله عن حق الضيف: «فان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى لكم، فهذه الاباحة بالأخذ تدل على جواز الأخذ بما ظفر به صاحب الحق»[٣].

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها:

١- قال رسول الله -ﷺ-: «فان خيركم أحسنكم قضاء»[٤].

٢- كما روى عن رسول الله -ﷺ-أنه قال: «نفس المؤمن معلقه بدينه حتى يقضى عنه دينه»[٥].

المذهب الثاني: حكم المقاصة الوجوب:

وهو رأى ابن حزم الظاهرى وأشار إلى أن هذا قول للشافعى وأبى سليمان وأصحابهما[٦].

(١) سورة البقرة من الآية: ١٧٩.
(٢) تفسير الطبرى، جـ٢، ص ٦٠ ، ٦١ ط الاميرية ١٣٣٠ هـ.
(٣) شرح صحيح البخارى، جـ٤، ص ٢٥٤.
(٤) سبق تخريج الحديث ص ٧ من هذا البحث.
(٥)
(٦) المحلى لابن حزم الظاهرى، جـ٨، ص ٢٠٩ ، ٢١٠.

أى يجب على الدائن أن يأخذ بقدر حقه سواء كان من نوع ما هو له أو من غيره ويبيعه ويستوفى حقه.

فان كان فى ذلك ضرر.

فان شاء باعه وان شاء أخذه لنفسه حلالا، فان فضل عما هو له رده للمدين أو لورثته.

وان نقص بقى فى ذمة من عليه الحق.

وقال ابن حزم تأكيدا للوجوب فان لم يفعل فهو عاص لله عز وجل إلا أن يملك ويبرئه فهو مأجور(١).

واستدل القائلون بوجوب المقاصة مطلقا:

كما استدلوا على الوجوب بنفس الآيات الكريمة السابقة بقول محمد بن حزم الظاهرى «أنه يجب على الدائن أن يأخذ بقدر حقه» ويقول تأكيدا للوجوب «فان لم يفعل فهو عاص»(٢) وذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الاثم والعدوان﴾(٣).

يقول ابن حزم فى ذلك: «فمن ظفر بمثل ما ظلم فيه المسلم أو الذمى فلم يزله عن يد الظالم ويرد إلى المظلوم حقه فهو أحد الظالمين لم يتعاون على البر والتقوى بل على العكس أعان على الظلم»(٤).

ثم استدل ابن حزم على رأيه من السنة بحديث: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الأيمان» ثم يقول ايضا: «من قدر على كف الظلم وقطعه واعطاء كل ذى حق حقه فلم

(١) المرجع السابق.
(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى، جـ٨، ص ٢١٠.
(٣) سورة المائدة الآية: ٢.
(٤) المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ٢١٠.

يفصل فقد عصى الله ورسوله»[١].

المذهب الثالث: المقاصة غير مباحة مطلقا لابين متحدى الجنس ولامن غيره، وذهب إلي هذا الرأي طائفة من الشيعة (طائفة من الهادوية):

واستدلوا بقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الآمانات إلى أهلها}[٢] والامر برد الامانة يفيد عدم جواز الاستيلاء على ما هو مملوك للغير ولو على سبيل استيفاء الحق[٣].

واستدلوا من السنة:

بما روى عن طريق يوسف بن ماهيك قال: «كنت اكتب لفلان نفقة أيتام كانوا مغالطون وليهم بألف درهم فأداها اليهم فأدركت لهم من مالهم مثلها قلت اقبض الألف الذى ذهبوا بها منك؟ قال لاحدثنى ابى أنه سمع رسول الله -ﷺ- يقول: «أد الأمانة لمن ائتمنك ولاتخن من خانك»[٤].

فهذا دليل على عدم جواز المقاصة والاستيلاء على ماهو مملوك للغير ولو على سبيل الاستيفاء.

المناقشة والترجيح:

يمكن مناقشة من قال بان حكم المقاصة هو الوجوب.

بأن الواجب لغة يأتى بمعنى اللازم، فيقال: وجب الحق أى لزم، ويأتى بمعنى الساقط، فيقال أوجب الحائط أى سقط[٥].

---

(١) المحلى، المرجع السابق، جـ٨، ص ٢١٠ . شرح صحيح مسلم للنووى، جـ٢، ص ٢٥ ، حلية الابرار وشعار الاخيار للنووى، جـ٦، ص ٣٢٩ ، احكام القرآن للجصاص، جـ٢، ص ٢٨.

(٢) سورة النساء الآية: ٥٨.

(٣) المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ٢١٠.

(٤) نيل الأوطار، جـ٥، ص ٣٣٤ ، سبل السلام، جـ٣، ص ٦٨ ، الفتحر الكبير، جـ١، ص ٥٩.

(٥) المصباح المنير باب الراو مع الجيم، ص ٨٠٣، المطبعة الاميرية.

والواجب شرعا:

وعند الأصوليين: يُعرف «بأنه الذى يذم شرعا تاركه قصدا مطلقا»(١).

والمراد بالذم:

أن ينص فى كتاب الله تعالى أو فى سنة رسوله - ﷺ- أو تجمع الامة على لوم واستنقاص هذا التارك استنقاصا يرتب العقاب على تركه للفعل(٢).

فالوجوب يستلزم الفعل على وجه التحتم والالزام.

ولم يرد فى كتاب الله أو سنة رسوله أو اجماع الأمة ما يدل على اجبار الدائن على استيفاء حقه ولم يقل العقل بذلك.

فمن حق الدائن أن يؤخر استيفاء حقه إلى وقت يراه انسب لذلك قال تعالى: ﴿فان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾(٣).

كما يجوز للدائن أن يسقط حقه ويبرئ مدينه منه(٤).

وتأخير استيفاء الحق وكذلك اسقاطه من قواعد واصول الشريعة ولم يقل أحد بأن الذى يترك المقاصة يذم ويلام ويعاقب على تركها.

وبالتالى فان ماذهب إليه أصحاب هذا الرأى لايتمشى مع قواعد واصول الشريعة، بل ينافى الوجوب.

---

(١) نهاية السول للاسنوى، جـ١، ص ٤٣ ، ٤٤ مطبعة محمد على صبيح وأولاده بالأزهر، الاحكام للامدى، جـ١، ص ٩٣ ، مؤسسة الحلبى وشركاه ، المستصفى للغزالى، جـ١، ص ٦٥ المطبعة الاميرية ببولاق - مصر ، ارشاد الفحول للشوكان، ص ٦ دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

(٢) الكوكب المنير للفتوحى الحنبلى، ص ١٠٨ ، ١٠٩ ، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة.

(٣) سورة البقرة الآية: ٢٨٠.

(٤) فتح القدير، جـ٥، ص ١٨٢ ، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ١١٥.

أما الرأى القائل بان المقاصة غير مباحة:

فان الآية التى استدلوا بها لاتنهض دليلا على رأيهم لأن الشخص الذى ينتصف لنفسه بقضاء دينه لايمكن أن نعتبره خائنا للامانة، بل على العكس، فهذه الآية تحث على استيفاء الحق لأن وفاء الدين من اداء الامانة التى أمرنا الله بها وبالتالى فهى دليل على جواز المقاصة مطلقا من غير تقييد للجنس.

أما السنة التى استدلوا بها فانها ضعيفة فالحديث المروى عن طريق يوسف بن ماهيك لايمكن اعتباره مسندا لان راويه مجهول لايعرف[١].

والراجح من هذه المذاهب:

هو رأى جمهور الفقهاء القائل بأن حكم المقاصة هو الاباحة.

لقوة أدلته من الكتاب والسنة ومسايرته لأحكام الفقه الاسلامى التى تأمر بحفظ النفس والمال، فالمقاصة تعتبر من القواعد الأساسية فى الفقه الاسلامى والدليل على ذلك وقوع المقاصة نفسها.

كما أن هذا القول يزيد الثقة فى التعامل وينشط الحركة التجارية فمن دفع دين لآخر وكان قد سبق له أن استدان من هذا الدائن فانه يستقر فى نفس كل منهما أن الدين الثانى فى مقابله الدين الأول[٢].

ولكن أصحاب هذا الرأى بعد اتفاقهم على أن حكم المقاصة الاباحة اختلفوا فيما بينهم حول تقييد الاباحة من عدمها على رأيين.

---

(١) هذا الحديث ذكره الشافعى بقوله ليس بثابت، وقال ابن الجوزى لايصح من جميع طرقه، وقال احمد باطل لا اعرفه من وجه يصح، كما استنكره ابو حاتم الرازى ، الا أن هذا الاعتراض يدفع بان الحاكم والدارقطنى قد اخرجاه وصححه الترمذى ، لذا يقول الشوكانى لايخفى أن ورود الحديث من طرق اخرى متعددة مع تصحيح امامين من الأئمة المعتبرين لبعضها وتحسين امام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضا للاحتجاج ، نيل الاوطار، جـ٥، ص ٢٩٨ ط الفكر العربى.

(٢) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٨٧ ، ٨٨ جامعة القاهرة.

١- ذهب المالكية والحنابلة وأبن العربى والقرطبى وقول للشافعى إلى أن المقاصة مباحة مطلقا «أى سواء اتفق الدينان فى الجنس أم لا»[١].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**والذين اذا أصابهم البغى هم ينتصرون**﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿**ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل**﴾[٣] فاباحة الانتصار ودفع الظلم جاء مطلقا دون تقييد بكون الجنس متحدا.

واستدلوا من السنة:

بقوله - ﷺ- لهند امرأة ابى سفيان: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٤].

فان الرسول - ﷺ- قد أباح لها الأخذ مطلقا فلم يحدد لها نوع ولاجنس معين من مال زوجها أبى سفيان الذى تأخذ منه.

٢- ذهب الاحناف والمشهور من مذهب الشافعية والمالكية فى قول وبعض الحنابلة إلى أن المقاصة مباحة بشرط اتحاد الدينين فى الجنس[٥].

---

(١) مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٥٠ ، بلغة السالك، جـ٢، ص ١١٨ ، المغنى والشرح الكبير، جـ١٢، ص ٢٢٩ . أحكام القرآن لابن عربى، جـ١، ص ١١٢ ، أحكام القرآن للقرطبى، جـ٢، ص ٣٥٥ ، سبل السلام، جـ٣، ص ٦٨ ، العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحكام، جـ١، ص ٢٦٠ ، مكتبة جامعة القاهرة - كلية الحقوق ، والأم، جـ٧، ص ١٢١ ، الانوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

(٢) سورة الشورى الآية: ٣٩.

(٣) سورة الشورى الآية: ٤١.

(٤) نيل الاوطار، جـ٦، ص ٣٦٢ ، وسبل السلام، جـ٣، ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، البخارى، جـ٣، ص ١١٥.

(٥) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧ ، جـ٤، ص ١٩٤ ، الأم، جـ٧، ص ١٢١ ، الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة، شرح الخرشى، جـ٤، ص ١٤٣، المغنى والشرح الكبير، جـ١٢، ص ٢٢٩.

واستدلوا على ذلك:

بقوله تعالى: ﴿**وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[١] فأمر الله هنا بالعقاب مقيد بكونه مثل ماعوقب به فلا بد أن يتحد المال الذى أخذه الدائن ظافرا بحقه مع ماله من حق.

واستدلوا أيضا بقول الرسول - ﷺ -: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولاتخن من خانك».

فهذا الحديث يدل على أن من أخذ غير جنس حقه يعتبر خائنا للأمانة[٢].

الراجـــح:

أرى أن الراجح هو الرأى القائل بأن المقاصة مباحة مطلقا: «أى سواء كان الدين الثانى من جنس الأول، أو من غير جنسه ما دام يمكن تقديره وأخذ ما يقابل دينه».

ويمكن الرد على من قال بأن المقاصة مباحة بشرط اتحاد الدينين فى الجنس، بأن الآية الكريمة التى استدلوا بها وهى قوله تعالى: ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[٣].

وإن كان ظاهرها يدل على ذلك، الا أن المراد بها أن الجزاء يكون بقدر الاعتداء لا أكثر من ذلك سواء ما أخذ من جنس ماله أم من غير جنسه.

ولذلك قال ابن سرين:

«يأخذ مثل ماله دون زيادة أو نقص»[٤].

(١) سورة النحل الآية: ١٢٦.
(٢) القرطبى، جـ٢، ص ٣٥٥.
(٣) سورة النحل الآية: ١٢٦.
(٤) شرح صحيح البخارى، باب المظالم، جـ٤، ص ٢٥٤.

وتقييد إباحة المقاصة بهذا الشرط فيه تضييق فى تطبيق المقاصة وبالتالى تضييق على الناس فى معاملاتهم التى شرعت لصالح الناس.

وأن القواعد التى شرعت لصالح الناس الأصل فيها الاباحة مثل العقود[١].

وفى القانون المدنى المصرى:

نجد أنه يجوز وقوع المقاصة بين المتداينين لكى ينقضى الالتزام القائم بينهما.

والمقاصة إما قانونية وهى التى نظمها المشرع وفصل قواعدها فى المواد من ٣٦٢ : ٣٦٩ مدنى مصرى، وإما اختيارية، وإما قضائية.

واشترط القانون لوقوع المقاصة القانونية شروطا خمسة تجمعها فكرة واحدة هى أن المقاصة وفاء للدين بالحق، وأن هذا الوفاء يتم فى المقاصة القانونية بقوة القانون، فهو وفاء قهرى، وهذه الشروط هى:

١- تلاقى الدينين ، كل طرف دائن ومدين فى نفس الوقت وبنفس الصفة.

٢- محل الدينين، يجب أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة.

٣- قوة الدينين، يجب أن يكون كل منهما خاليا من النزاع، مستحق الأداء صالحا للمطالبة به أمام القضاء.

٤- أن يكون كل من الحقين قابلا للحجز عليه «م ٢٦٤ مدنى».

٥- ألا يتعلق بأحد الدينين حق للغير يمنع من الوفاء «م ٢٦٧ مدنى».

---

(١) نظرية العقد لاستاذنا الدكتور/ محمود شوكت العدوى، ص ١٢٤.

ولا يشترط بعد ذلك أى شرط آخر، فلا تشترط أهلية الوفاء وذلك لأن المقاصة وفاء قهرى لااختيارى.

ولايشترط أن يكون الدينان قد نشأ عن مصدر واحد «م ١/٣٦٢ مدنى» أو أن يكون بينهما ارتباطا كما هو الحال فى حق الحبس(١).

وسيأتى شرح هذه الشروط بالتفصيل فى حينها.

ومن أحكام القضاء:

١- للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدنى حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء، فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذى قدره حكم الشفعة ودائنا لها فى ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائيا واستئنافيا فى دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التى حصل على أمر نهائى بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطهما القانونية بقدر الأقل منهما(٢).

٢- وإن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه، ويرد البائع الثمن وفوائده، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما(٣).

---

(١) النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أ.د. عبد الحى حجازى، ص ٣٢٠ وما بعدها ، النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أ.د. اسماعيل غانم، ص ٤١٥ وما بعدها ، الوسيط، جـ٣، أ.د. السنهورى، ص ١٠٣٥ وما بعدها ط ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية.

(٢) نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ١٥ رقم ١٦٥، ص ١١٣٤.

(٣) نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٩ رقم ٥٣، ص ٣٤٥.

٣- لقاضى الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه أن يحدد مقدارا منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتا فى ذمة المدين ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار[١].

٤- المقاصة القانونية على ماتقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار، ولابد من اجتماع الشرطين، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الاجبارى، ولايجبر المدين على دفع دين متنازع فيه، أو دين غير معلوم المقدار[٢].

٥- يشترط للادعاء بالمقاصة القضائية - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن ترفع به دعوى أصلية، أو أن يطلب فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية[٣].

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٨ رقم ٢٦٠، ص ١٧٢٠.

(٢) نقض مدنى فى ٣ مارس سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ مدنى، ص ٣٧٢.

(٣) نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٧ رقم ٣٣، ص ٣٤٧، ونقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٩ رقم ٥٣، ونقش مدنى فى ١٥ مارس سنة ١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٢٤ رقم ٧٧، ص ٤٣٠.

الفرع الثالث

الادلة على مشروعية المقاصة في الفقه الإسلامي

المقاصة طريق من طرق انقضاء الدين تفترض أن المدين قد صار دائنا لدائنه، فنجعل الدينين ينقضيان بمقدار الأقل منهما، حتى لايضطر المدين إلى وفاء ماعليه ثم المطالبة بما له في ذمة دائنه.

ولقد حضت شريعة الإسلام على الوفاء بالديون، وردها لأصحابها الدائنين دون مماطلة أو تسويف.

قال تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾(١).

ومن الأحاديث التي وردت في هذا المعنى. ما أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -ﷺ- أنه قال: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله»(٢).

وقال رسول الله -ﷺ-: «فإن خيركم أحسنكم قضاء»(٣).

فكل دليل على أداء الأمانة والوفاء بالعقود والديون يدل على جواز المقاصة.

وقد قال الفقهاء إن المقاصة وسيلة من وسائل المعاملة بالمثل(٤).

---

(١) سورة النساء الآية: ٥٨.

(٢)

(٣) اخرجه البخاري في صحيحه في باب استقراض الابل من كتاب الاستقراض، ٢٣٩٠، والنسائي، جـ٧، ص ٣١٨ ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٣ هـ.

(٤) شرح صحيح البخاري، جـ٤، ص ٢٥٤.

وكذلك من باب الظفر بالحق[١]، ومن باب انتصاف الشخص لنفسه[٢]، وبالتالى فكل الآيات والأحاديث والآثار التى تأمرنا بأداء الامانة والوفاء بالعقود والديون وكذلك الأدلة الواردة بشأن المبادئ المذكورة تدل على جواز المقاصة.

ويعبر الفقهاء المحدثون على مشروعية المقاصة، بمصدر المقاصة، واعتبر الفقهاء الأقدمون من الأئمة ومن تبعهم أن مشروعية المقاصة تعنى دليلها الشرعى الذى يدل عليها.

والمقاصة مشروعة بالكتاب ، والسنة ، والآثار ، والمعقول:

أولا: الكتـــــاب:

قال تعالى: ﴿**والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[٣].

وقال تعالى: ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[٤].

وقال تعالى: ﴿**وجزاء سيئة سيئة مثلها**﴾[٥].

فالآيات الثلاث بينت أن الله سبحانه وتعالى قد أذن بالقصاص فى كل حرمة فيفعل المعتدى عليه بالمعتدى مثل ما فعله هو استيفاء لحقه.

وقال المراغى فى التفسير:

إن الاعتداء محظور، أما إذا كان على سبيل القصاص والمقاصة والمماثلة

---

(١) أحكام القرآن للجصاص، جـ٣، ص ١٩٤ ط دار احياء التراث العربى، بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

(٢) البهجة شرح التحفة، جـ٢، ص ٥٢.

(٣) سورة البقرة الآية: ١٩٤.

(٤) سورة النحل الآية: ١٢٦.

(٥) سورة الشورى الآية: ٤٠.

فهو اعتداء مأذون به(١).

وقال ابن سرين -القصاص- يقص يقاصه، بتشديد الصاد أى يأخذ مثل ماله، وقال مجاهد وابن سرين إن هذه الآيات عامة فى كل ظلم سواء كان بالمال أو غيره(٢).

وحيث جوز رد الاعتداء بما يماثله، فأن ذلك دليل على مشروعية المقاصة، لأن الشخص الذى امتنع عن وفاء دينه يكون معتديا، فيثبت لصاحب الدين الحق فى الامتناع عن وفاء ما ثبت فى ذمته للمدين(٣).

وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾(٤) وإن كانت واردة فيمن قتل من المسلمين فى غزوة أحد لكنها عامة فى كل من جحد حقه، فان المدين الذى يجحد حق دائنه وقد أصبح مدينا لهذا المدين فأنه يحق له أن يمتنع عن دفع دينه للمدين ويقاصصه فى هذا الدين معاملة بالمثل.

قال أبو بكر: «نزول الآية على سبب لايمنع عندنا عمومها فى جميع ما أنتظمه الأسم فوجب استعمالها فى جميع ما انطوت عليه»(٥).

فهذه الآية عامة حيث أنه لم يأت بعدها ما يخصصها(٦).

وورد أيضا فى القرآن الكريم ما يدل على جواز المقاصة.

قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى فمن عفى له من

---

(١) جـ٢، ص ٩١ ، ٩٣ ط ثانية ، ١٣٧٣ هـ - ١٩١٣ م.

(٢) انظر شرح البخارى، جـ٤، ص ٢٥٤ . أحكام القرآن للجصاص، جـ٣، ص ١٦٤ ، وأحكام القرآن لابن العربى، جـ١، ص ١٩١ ، وتفسير الطبرى، جـ٣، ص ٥٧٥.

(٣) المقاصة، د. ليلى عبد العزيز، ص ٧٦.

(٤) سورة النحل الآية: ١٢٦.

(٥) أحكام القرآن للجصاص، جـ٣، ص ١٩٤.

(٦) النيسابورى على هامش الطبرى، جـ١٤، ص ١٢٥ ، والبخارى، جـ٣، ص ١١٥.

أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾(١).

وقال تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾(٢).

فلقد أمر الله تعالى بالعدل بين الطائفتين، بأن تقاص دية حر بدية حر، ودية عبد بدية عبد، ودية انثى بدية انثى، ومعنى ﴿فمن عفى له من اخيه شئ﴾ أى فإن فضل لإحدى الطائفتين شئ بعد المقاصة فلتتبع الأخرى بالمعروف ولتؤد الأخرى اليها بإحسان.

ويحذرنا رب العزة بأنكم إذا لم تتقاصوا بالديات وطلب كل من الطائفتين الاقتصاص من قاتلى قتلاهم، فتهلك الطائفتان، ولاتنتهى الفتن بينهما بخلاف ما إذا تقاصا فيحيا هؤلاء ويحيا هؤلاء(٣).

وبذلك يثبت من الآيتين دليل قوى وواضح على جواز المقاصة فى الديات والدية دين، فثبت جواز المقاصة فى الديون.

ثانيا: فى السنة:

١- ما رواه البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله - ﷺ -: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة»(٤)، فجعل النبى

(١) سورة البقرة الآية: ١٧٨.

(٢) سورة البقرة الآية: ١٧٩.

(٣) تفسير الطبرى، جـ٢، ص ٦٠ ، ٦٤ ، دقائق التفسير، جـ١، ص ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، وتفسير روح المعانى، جـ٢، ص ٧٧ دار احياء التراث العربى - بيروت ١٤٠٥ هـ ، وتفسير السراج المنير، جـ١، ص ١٢٨ ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت ، وتفسير ابى السعود، جـ١، ص ٢٤١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، والمحلى، جـ٩، ص ٦٠٨ ، وتفسير البيضاوى، جـ١، ص ٥٠٠ مع حاشية الشيخ زادة - المكتبة الاسلامية بتركيا.

(٤) البخارى، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب الحديث رقم ٢٥١٢، وفتح البارى، جـ٥، ص ١٧٠، المكتبة السلفية بمصر، وسنن ابو داود برقم ٣٥٢٦ ، كتاب البيوع، جـ٣، ص ٢٢٨ ، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد، المكتبة التجارية الكبرى، وسنن الترمذى، البيوع الباب رقم ٣١.

- ﷺ- ماينفقه المرتهن على الدابة المرهونة قصاصا عن طريق الانتفاع بركوبها، أو بشرب لبنها.

٢- عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبى - ﷺ- طعاما فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت مافيها فقال النبى - ﷺ- «طعام بطعام وإناء بأناء»(١).

ففى هذا الحديث الشريف أمر الرسول - ﷺ- بالانتصاف لصاحبة القصعة التى كسرتها عائشة حيث أعطى زوجته التى كسرت قصعتها قصعة عائشة ولم يستأذن عائشة، كنوع من انتصاف الشخص لنفسه بمثل حقه. وهذا المعنى متحقق فى المقاصة فيكون هذا الحديث دليلا على المقاصة.

٣- ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال لرسول الله - ﷺ-: «إنى أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال لا بأس أن تأخذ بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شئ»(٢)، قال صاحب المنتقى: ان هذا الحديث رواه الخمسة وفى لفظ بعضهم: «أبيع بالدنانير وآخذ مكانها الورق، وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير»(٣).

ولقد اعتمد فقهاء الحنفيةعلى هذا الأثر للاستدلال على مشروعية المقاصة.

فقال البابرتى فى العناية:

إن هذا الأثر يدل على المقاصة، بل يدل على جواز المقاصة فيما كان

---

(١) رواه الترمذى وصححه، نيل الأوطار للشوكانى، جـ٥، ص ٣٢٣، والبخارى، جـ٣، ص ١١٥، وشرح صحيح البخارى، جـ٤، ص ٢٥٤.

(٢) رواه ابن ماجة جـ٢، ص ٧٦٠، دار الفكر - بيروت، والترمذى، جـ٣، ص ٥٣٥ برقم ١٢٤٢ فى باب ماجاء فى الصرف والدرامى، جـ٢، ص ٢٥٦، دار الكتب العلمية، وابو داود، جـ٣، ص ٢٥٠ برقم ٣٣٥٤، وضعف ابن حزم هذا الحديث، المحلى، جـ٩، ص ٥٦٥ وصححه الحاكم وقال الترمذى وغيره لم يرفعه غير سماك واكثر الرواة وقفوه على ابن عمر.

(٣) المنتقى، جـ٥، ص ١١٣.

يقضى القياس بعدم جوازها فيه لعدم التجانس وهى المقاصة بين العين والدين[١].

فهنا عندما باع ابن عمر رضى الله عنهما الأبل بالدنانير ثبتت الدنانير فى ذمة المشترى، ثم لما أخذ مكانها دراهم ثبتت الدراهم فى ذمته، فالتقى الدينان قصاصا، وقد أجاز - ﷺ - ذلك.

أما الآثار التى تدل على مشروعية المقاصة:

أولا: ماروى عبد الرزاق عن الثورى عن عمار الذهبى عن سالم بن أبى الجعد قال: جاء إلى ابن عباس رضى الله عنهما فقال له: «اقرضت سماكا خمسين درهما وكان يبعث إلىّ من سمكه، فقال له ابن عباس: حاسبه فأن كان فضلا فرد عليه، وإن كان كفافا فقاصصه»[٢].

يدل هذا الأثر على مشروعية المقاصة وإفتاء الفقهاء بها حتى عند اختلاف جنس الدينين ولكن بشرط تسديد القيمة ودفع الزيادة إذا كان أحدهما أكبر من الآخر، أما إذا كانا متعادلين فى القيمة سقطا قصاصا[٣].

ثانيا: روى الشعبى أنه قال لاتخن من خانك، فان أخذت منه مثل ما أخذ منك فليس عليك بأس.

وهذا الأثر دليل على أن الشخص الذى يأخذ حقه لايكون خائنا للغير إذا كان ما أخذه مثل حقه.

---

(١) جـ٥، ص ٣٨٠ ، العناية على الهداية بهامش فتح القدير، جـ٧، ص ١٥٠، مصطفى الحلبى.

(٢) المصنف للصنعانى، جـ٨، ص ١٤٣، ط أولى سنة ١٩٧١ ، المحلى، جـ٨، ص ٤٩٦ ، ٤٧٨ ، وجـ٩، ص ٦٩٤ ، وسنن البيهقى الكبرى، جـ٥، ص ٣٤٩.

(٣) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) المحلى، جـ٨، ص ٢١٠ ، والمنصف للصنعانى، جـ٨، ص ١٨٦.

أما الإجماع:

فقد نقل الامام أبو جعفر الطبرى فى تفسيره الإجماع على جواز المقاصد فقال: «والجميع مجمعون على أن أهل الحقوق الخيار فى مقاصتهم حقوقهم بعضها من بعض وقال، وقد أجمع الجميع لاخلاف بينهم على أن المقاصة فى الحقوق غير واجبه[١]».

المعقـــول

فقد قال أكثر الفقهاء:

إن مطالبتك لمدين؛ بدين أنت مدين له بمثله فتأخذه، ثم ترده إليه لغو، ومن أوصاف المؤمنين الأعراض عن اللغو[٢]، فقد قال الله تعالى: ﴿والذين هم عن اللغو معرضون﴾[٣].

فالمقاصة وسيلة لاستيفاء دينين متقابلين فهى محصلة للبراءة ورافعة للظلم فتبرأ ذمتين فى وقت واحد وتنصر بذلك الطرفين من غير اعتداء أى منهما على الاخر وظلمه، فهى إذن من مقاصد الشريعة الإسلامية وما ورد فى الفقه الإسلامى يؤيد ذلك.

فقد حثت الشريعة الإسلامية المدين على وفاء دينه فى أقرب وقت ممكن حيث قال الرسول - ﷺ-: «لى الواجد ظلم يحل دمه وعرضه»[٤].

وقد قال الرسول - ﷺ- فيما رواه أبو هريرة، استقرض رسول الله فأعطى

---

(١) تفسير الطبرى، جـ٣، ص ٣٦٤، دار المعارف بمصر.

(٢) المهذب، جـ١٤، ص ٤٧٣ ، مع المجمـوع وروضة الطالبين، جـ١٢، ص ٢٧٣ ، وانسى المطالب، جـ٤، ص ٤٩٣ ، وفتح العزيز شرح الوجيد، جـ١٨، ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، مخطوط بمكتبة الازهر نسخ ٦٦٨هـ تحت رقم ٥٧٢٦، ثمانية عشر جزاء.

(٣) سورة المؤمنين الآية: ٣.

(٤) نيل الأوطار، جـ٥، ص ٢٤٠.

سنا خيرا من سنه وقال «خياركم أحاسنكم قضاء» رواه احمد والترمذى[١].

والمقاصة فيها مصلحة عامة وهى نشر الطمأنينة بين أفراد المجتمع وعدم بث التنازع والتنافر فيما بينهم. لأن المقاصة بالاضافة إلى كونها وسيلة وفاء فهى أداة ضمان تضمن للدائن حقه بما لمدينه فى ذمته، فيتحقق التعاون والتعامل الحَسَن والسرعة فى المعاملات بين الناس فيسعد الفرد، ومن ثم يسعد المجتمع.

ومن ذلك يتبين أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ المقاصة عامة وهو مبدأ عام وشامل وواسع يؤخذ من قوله تعالى: ﴿والحرمات قصاص﴾[٢]، وأن ماورد فى الفقه الإسلامى تطبيق لهذا المبدأ العام[٣].

---

(١) نيل الأوطار، جـ٥، ص ٩٧، ط الأولى الكتخانة.

(١) سورة البقرة بعض الآية: ١٩٤.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٣٤ ، الأم، جـ٧، ص ٣٣٩ ، الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ ، الطبعة الأخيرة ، كشاف القناع، جـ٢٤، ص ١٣٤ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٨٦ ، المقاصد، د. محمد سلام مدكور، ص ١١ ، والمقاصد، د. ليلى عبد العزيز، ص ٨١.

مصدر المقاصة فى القانون المدنى المصرى

بالنظر فى القانون المدنى المصرى نجد أن مصدر المقاصة هو نص القانون، فقد نص القانون المدنى المصرى فى المواد من ٣٦٢ إلى ٣٦٩ على أحكام وآثار المقاصة.

وعد القانون المدنى المقاصة نوعا من الوفاء، فكل دائن يستوفى حقه من حق مدينه قبله.

وعد القانون المدنى كذلك المقاصة سبب من أسباب انقضاء الالتزام اذ أن كل من الدينين ينقضى بقدر الأقل منهما بغرض تسهيل عملية الوفاء بمنع الوفاء المزدوج.

وبناء على ذلك:

نجد أن المقاصة كثيرة الوقوع فى العمل وخاصة فى المعاملات التجارية ومن أمثلتها ما يقع فى الحساب الجارى من مقاصة بين خصوم الحساب وأصوله، وماتقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك.

ولكى تحقق المقاصة أهدافها وتؤدى إلى انقضاء التزامين فى نفس الوقت بقدر الأقل منهما:

يشترط أن يكون الدائن فى أحد هذين الالتزامين هو المدين فى الالتزام الآخر، فيكون الدائن مدينا لمدينه، ويكون المدين دائنا لدائنه فى نفس الوقت، ويشترط أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة، وأن يكون كل منهما مستحق الأداء، خاليا من النزاع صالحا للمطالبة به قضاء[1].

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الثانى، انقضاء الالتزام ، الاستاذ الدكتور/ عبد الرازق احمد السنهورى، ص ١٠٢٣ وما بعدها، ط٢ دار النهضة العربية، ١٩٨٤ م.

وتنظيم القانون المدنى للمقاصة يأتى بجانب تنظيمه لنظم قانونية أخرى.

ففكرة ازدواج الصفة التى تتحقق فى كل طرف من طرفى المقاصة تقرب بين هذا النظام وبين بعض النظم القانونية الأخرى، وهى الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس، والجامع بين هذه النظم القانونية الثلاثة أن الدائن يستند فى كل منها إلى عنصر معين من عناصر ذمة مدينه فى ضمان استيفاء حقه.

غير أن التقارب السابق بين هذه النظم الثلاثة، لايمنع من وجود أوجه اختلاف أساسية بينها، تتصل بشروط كل منها، وبالآثار التى ترتبها، فالدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود عقد تبادلى بين الطرفين، والحق فى الحبس يستلزم وجود ارتباط معنوى أو مادى بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشئ المحبوس، فى حين أن المقاصة لايشترط فيها مثل هذه الشروط ومن حيث الآثار تعد المقاصة أفضل أثرا من غيرها، لأنها لاتقتصر على ضمان حق الدائن، بل هى تمكنه من اقتضاء هذا الحق مما لمدينه من حق فى ذمته.

وهذا قد استتبع انطواء المقاصة على معنى الوفاء والضمان(١) فالمقاصة كوسيلة لانقضاء الالتزام «أو الحق».

تحقق بجانب تيسيرها الواضح على كل من الدائن والمدين حيث يتم الوفاء عن طريق المقاصة بدين كل منهما دون حاجة إلى حصول وفاءين فعليين بما ينطوى عليه ذلك من جهد ونفقات ومخاطر.

ونوعا من الضمان للدائن الذى يقاص بحقه فى دين عليه إذ يترتب على ذلك اختصاصه بقيمة حقه بأكملها: «التى تتقاص مع ما عليه لمدينه» ولو

---

(١) وتقول الذكرزة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى، ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوى على معنيين، أولهما معنى والوفاء، فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر، والثانى معنى الضمان، لأن من يتمسك بها، لتلافى ما وجب فى ذمته بما وجب له فى ذمة هذا الدائن من حيث القصاص، يضمن استيفاء دينه مقدما على سائر الدائنين. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٧٤ ، الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ١٠٢٣ ، واحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤١٩.

كانت ذمة المدين لاتسمح بالوفاء بكل ما عليه من ديون، مما كان يعرضه لخسارة جزء من حقه وفقا لقسمة الغرماء لو كان مضطرا إلى استيفاء حقه مع سائر دائنى مدينه.

أى أن المقاصة تحقق للدائن فى استيفاء حقه نوعا من التقدم أو الامتياز «الالوية»(١).

بالاضافة إلى أن المقاصة نظام عظيم الفائدة فى تسوية المطالبات بين المصارف بسبب تحويلات المودعين والشيكات التى يسلمونها إلى مصارفهم لتحصيلها لحسابهم، إذ تتم تسوية هذه المطالبات فيما يسمى بغرفة المقاصة، حيث تصفى مطالبات كل مصرف من الآخر، فيحسب كل مصرف ماله وما عليه للآخر ولايؤدى إلا الفرق بين مايطلبه ومايطلب منه.

ومما مضى يتضح لنا:

أن المصادر التى استند إليها الفقه الإسلامى واستقى منها أحكام المقاصة هى:

القرآن الكريم الذى لايأتيه الباطل من بين يديه ولامن خلفه تنزيل من حكيم حميد.

والسنة النبوية الشريفة التى وضح بها نبينا الأمين محمد عليه افضل

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، جـ٢، احكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٩١، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، النظرية العامة للالتزام، أ.د. جميل الشرقاوى، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، ص ٤٠٧، ١٩٨٦، الناشر دار النهضة العربية، أحكام الالتزام دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى، أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٩، ط ١٩٨٦ الدار الجامعية ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٨٨، ط ١٩٥٧، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، الوجيز فى آثار الالتزام، أ.د. محمد على عمران، ص ، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤ ، أحكام الالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، ص ٢١٢، ط ١٩٨٥، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٢٤، ط ١٩٦٣، دار النهضة العربية.

الصلاة وأذكى التسليم والذى لاينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى مجمل القرآن الكريم.

والاجماع الذى ثبتت حجيته بأدلة قوية، وهذه المصادر وضعت القواعد التى تمنع وقوع الظلم والغش والخداع بين الناس.

أما القانون الوضعى فإنما هو من نتاج العقل البشرى فقط استنتجه من العادات والتقاليد السائدة فى المجتمع سواء كانت تلك العادات والتقاليد فى صالح بعضهم دون بعض، وسواء كانت عادلة يوافقها العقل السليم أم غير عادلة ومن ثم اصطدم هذا القانون بمصالح انسانية عديدة فى مختلف الأزمنة والعصور فاضطر اصحابه إلى التغيير والتبديل عندما اكتشفوا أنه يقوم بظلم الشعب بدلا من القيام بخدمتهم فمر بمراحل كثيرة[1].

---

(١) العقود الشرعية للدكتور/ عيسى عبده، ص ٢٢٨ وما بعدها.

المطلب الثانى

طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

اولا: طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى:

اتفق الفقهاء القائلون بأباحة المقاصة على أنها طريق من طرق وفاء الدين ... وأداة فعالة فى الحياة العملية للوفاء[١].

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فى أنها هل تدخل فى بيع الدين بالدين أم لا؟

المقاصة فى نظر الحنفية عبارة عن وفاء حكمى وأنها تسقط المطالبة بالدين ولاتتضمن وفاء دينين فى نفس الوقت بل هى تنطوى على وفاء دين واحد هو الدين السابق فى التاريخ، وأن آخر الدينين قضاء لأولهما وأن صاحب الدين الأول مستوفٍ، وصاحب الدين الثانى موف لأن القضاء يتلو الوجوب.

وصرح المالكية:

بأن التقاص يؤدى إلى تساقط دينين متقابلين عن ذمتين مشغولتين بهما.

فالمقصود من المقاصة عندهم هو المعارضة والإبراء.

حيث قالوا: «كل ماله فيما عليه فتبرأ بذلك الذمم المشغولة»[٢].

وقال الشافعية:

بأن السيد إذا اعتدى على مال مكاتبه فوجب عليه مثل ما وجب له نجوم

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٣٤ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٤٤.

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، جـ٢، ص ١١٨.

الكتابة فانه يعتق فالمقاصة إذن أداة عتق أى أداة وفاء للنجوم التى يترتب عليها عتق أى أداة وفاء[١].

وقال الحنابلة:

إن المقاصة هى تساقط عن ذمتين مشغولتين[٢].

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن المقاصة من باب بيع الدين بالدين ولكنها مستثناة للحاجة، ذهب إلى هذا الشافعية والمالكية والحنابلة[٣]، أما الأحناف فلم يعدو المقاصة صورة من صور بيع الدين بالدين بل عدوها وفاء حكميا.

تعريف بيع الدين:

هو عقد بين طرفين أو اكثر يتم بمقتضاه أن يقوم الدائن ببيع دينه المضمون فى ذمة المدين المقر بة له أو لشخص أجنبى آخر بثمن حال أو مؤجل إلى أجل معلوم مع الأمن من الوقوع فى محظور شرعى.

حكم بيع الدين بالدين سواء كان للمدين أم لغيره:

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى عدة مذاهب كما يلى:

١- المذهب الأول: المنع مطلقا:

أى يحرم بيع الدين بالدين سواء أكان للمدين أم لشخص أجنبى، ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة وقد روى الإمام أحمد الاجماع على التحريم[٤].

وقد استندوا فى ذلك إلى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى

---

(١) الأم، جـ٧، ص ٣٨٨ ، ٣٨٩.

(٢) منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٥٧ ، الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٠ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

(٤) المغنى لابن قدامة، جـ٢، ص ١٦٥، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٦٥، ط دار الفكر ، منتهى الارادات، جـ١، ص ٢٧٩ ، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٥٧ ، المبدع شرح المقنع، جـ٤، ص ١٥٠.

- ﷺ- «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»[١].

وقد فسروا الكالئ بالمؤخر الذى لم يقبض كما لو أسلم شيئا فى الذمة[٢] فهم يقيسون بيع الدين بالدين على المؤخر بالمؤخر بجامع عدم الفائدة[٣] كما استدلوا أيضا على أن بيع الدين بالدين فيه غرر إذ فيه شغل لذمتين والمحظور هو بقاء وجه كل من الطرفين مشغول بغير فائدة حصلت لهما أو لأحدهما مع عدم حصول المقصود من العقد عادة وهو القبض. ولذلك قالوا إن المقاصة مستثناة منه للحاجة.

المذهب الثاني: الجواز إذا كان للمدين:

وذهب إلى ذلك الشافعية فعندهم يجوز بيع الدين بالدين إذا كان معينا بشرط أن يكون البيع قد تم لذات المدين وأن يكون من مختلف الجنس كحنطة بشعير أو درهم بدينار.

أما متفقها فيشترط فيه القبض والمماثلة والتعيين[٤].

وذهب المالكية:

إلى جواز بيع الدين بالدين بشرط أن يكون الثمن المؤجل معينا سواء كان هذا الثمن عقارا أو غيره كمنقول أو طعام أو نحوه إذا كان الطعام هو الثمن وليس المبيع كما أنه يجوز ولو كان الثمن منفعة معينة أيضا.

مثال ذلك: أن يكون لرجل على اخر دين فباعه لثالث بسيارة يسلمها له بعد شهر مثلا فأنه يجوز عندهم بيع هذا الدين المؤجل أو منفعة كأن يكون

---

(١) رواه الدار قطنى والحاكم ، سبل السلام للصناعانى، جـ٣، ص ٤٤ ، ٤٥ ، نيل الأوطار، جـ٥، ص ١٥٦ ، ك البيعو، فيض القدير شرح الجامع الصغير للعلامة المنادى، مطبعة مصطفى محمد، جـ٥، ص ٣٠٦، ط ١ سنة ١٣٥٧ هـ.

(٢) اعلام الموقعين مع حادى الأرواح، جـ٢، ص ٨٩.

(٣) نصب الراية، جـ٤، ص ٤٠ ، مجموعة فتاوى ابن تيمية، جـ٢٩، ص ٢٣٤.

(٤) حاشية البيجرمى على الاقناع، جـ٣، ص ٣٠.

لزيد دين عند عمرو فيستأجر دارد للمنفعة بها على أن تبدأ مدة الاجارة بعد شهر[١].

واستدل الشافعية والمالكية:

بأن الثمن الذى يتأخر قبضه إذا كان معينا فانه يكون فى حكم المقبوض وبهذا يخرج عن النهى الوارد فى بيع الدين بالدين فلا يكون ممنوعا.

المذهب الرابع: جواز بيع الدين بالدين:

وعدم قياسه على بيع الكالئ الذى هو المؤخر الذى لم يقبض والذى يؤدى إلى شغل ذمتين بدون فائدة أو نفع لأى من الطرفين.

ذهب إلى ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والزيدية.

جاء فى أعلام الموقعين:

وأما الحوالة فالذين قالوا انها على خلاف القياس قالوا: هى بيع دين بدين والقياس يأباه وهو غلط من وجهين:

أحدهما: أن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا اجماع وانما ورد النهى عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذى لم يقبض كما لو أسلم شيئا فى شئ فى الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لايجوز بالاتفاق وهو بيع كالئ بكالئ.

وأما بيع الدين بالدين فلم ينه الشارع عن ذلك لا بلفظة ولابمعنى لفظة بل قواعد الشرع تقتضى جوازه فان الحوالة اقتضت نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فقد عارض المحيل المحتال من دينه بدين آخر فى

---

(١) حاشية الدسوقى للشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير للشيخ احمد الدردير على مصنف الامام خليل، جـ٣، ص ٥٦، بلغة السالك لاقرب المسالك، جـ٢، ص ٣١.

ذمة ثالث فاذاعارضه من دينه على دين آخر فى ذمته كان أولى بالجواز[١].

ومقتضى ذلك أنه يجوز بيع الدين بالدين عندهما سواء كان معين الأجل أم لا، وسواء كان البدل حالا أم مؤجلا وسواء كان لذات المدين بحسب ان المدين هو المشترى أم لغيره أى لأجنبى من المدين.

والراجـــح:

هو الرأى الثانى فيجوز بيع الدين بالدين مالم يؤد إلى ربا محرم فاذا ادى إلى ذلك مثل بيع النسئ بالنسئ فهو حرام قطعا وهذا مجمع عليه من الفقهاء.

أما الرأى القائل: بتحريم بيع الدين بالدين فيمكن الرد عليه كما يلى:

أولا: لقد فسر الفقهاء وأهل الحديث أن المراد بالكالئ هو المؤخر أى بيع المؤخر بالمؤخر فان هذه الصورة لايقاس عليها بيع الدين لأن بيع الدين له صور منها الجائز ومنها الغير جائز قد أوردها ابن القيم فى اعلام الموقعين وهى «بيع واجب بواجب» وهو بيع دين بدين ابتداء كان يبتدئ المتعاقدين التعامل بينما بالدين كما فى السلم اذا لم يسلم رأس المال.

مثاله: لو باع احدهما أردبا من الأرز موصوفا فى ذمته بثمن معلوم على أن يتأجل كل من المبيع والثمن إلى أجل معلوم.

فهذا النوع من انواع بيع الدين بالدين جائز اذا كان فيه فائدة لأى من الطرفين ولم تكن الأموال ربوية[٢].

---

(١) أعلام الموقعين، جـ٣، ص ٨ ، وانظر نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٥ ، ومجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية، جـ٢٩، ص ٥٠٩ ، ٥١٠ ، والبحر المحيط والزخار للمرتضى، جـ٣، ص ٣٨٩.

(٢) اعلام الموقعين، جـ٢، ص ٨٩ ، ٩٠.

وخاصة أن حديث الكالئ بالكالئ الذى استدل به من قال بتحريم بيع الدين بالدين ضعيف لايمكن الاعتماد عليه فى الاستدلال على مذهبهم.

١- فالشافعى قال ان أهل الحديث يوهنون هذا الحديث.

٢- والامام احمد حينما سئل أيصح هذا الحديث؟ قال لا[١].

٣- هذا الحديث صححه الحاكم على شرط مسلم وتعقب بأنه تفرد به موسى ابن عبيدة.

وهذا قال عنه الامام احمد لاتحل الرواية عنه عندى ولا اعرف هذا الحديث عن غيره. وقال الدار قطنى أن موسى بن عبيدة تفرد به[٢].

ومن كل هذا نجد أن حديث النهى عن بيع الكالئ بالكالئ لايصلح دليلا على عدم صحة بيع الدين بالدين مطلقا، فيجب ان يخرج هذا الحديث عن دائرة الاحتجاج.

خلاصة:

من هذه المناقشات يتبين لنا جواز بيع الدين بالدين وذلك لعدم وجود نص يعتمد عليه.

كما أن بيع الدين بالدين قد تدعوا إليه الحاجة، وفيه مصلحة ظاهرة للطرفين، فلا يصح منعهم والتضييق عليهم مالم يؤد إلى محرم.

والصورة المجمع على منعها من بيع الدين بالدين هى ما كان من الأموال الربوية.

---

(١) نيل الأوطار، جـ٥، ص ١٥٦.
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٥٦.
(٣) نيل الأوطار، جـ٥، ص ١٥٦ ، وسبل السلام، جـ٣، ص ٤٤ ، ٤٥.

والراجـــح:

أن أصل المقاصة من مبدأ بيع الدين بالدين، يستفيد فيها الدائن ملكا جديدا، وتبرأ ذمة المدين فيها من الدين بسقوطه عنه.

واعتبار المقاصة من صور بيع الدين بالدين يكون واضحا فى صورة المقاصة الاتفاقية.

أما صورها الأخرى والتى يترتب عليها تساقط دينين من غير رضاء أو اتفاق عليها، فانها وإن كانت أصلا من مبدأ بيع الدين بالدين. الا أنها متميزة عن باقى صور بيع الدين بالدين، لأنها اسقاط يختلف عن سائر الاسقاطات كما أنها معاوضة تختلف عن سائر المعاوضات.

طبيعة الاسقاط فى المقاصة:

سبق فى تعريف المقاصة أنها متاركه دينين متقابلين فمن ثبت له فى ذمة دائنه مثل الذى له عليه، فإن الدينين يسقطان، فالمقاصة تؤدى إلى إسقاط دينين تبرأ بهما الذمم، ولكنه اسقاط مختلف عن ما فى الاسقاطات الأخرى فهو إسقاط بعوض، أى أنها إسقاط من وجه وتمليك من وجه آخر.

وإن هذا الاسقاط قابل للتجزئة وفيه معنى المعاوضة وهو إسقاط الآخر حقه، لأن الدائن الذى أصبح مدينا لمدينه ووقعت المقاصة بن الدينين يكون قد أسقط ماله من حق على مدينه.

ولكن هذا الاسقاط يكون مقابل الدَّين الذى اسقطه مدينه عنه فهو إسقاط حق فى مقابله إسقاط حق مثله تبرأ به الذمم الا إذا كان أحد الدينين أكبر من الآخر فيسقط من الدين الكبير بقدر الدين الأقل ويبقى فى ذمة المدين الباقى، فالقول بأن المقاصة اسقاط بعوض يجعل لها طبيعة خاصة تتميز بها عن غيرها من الاسقاطات التى يكون فيها الاصل الإبراء من غير عوض والهبة والحط.

تمييز المقاصة عن المعاوضات:

المقاصة كما سبق هى إسقاط دينين متقابلين «كل ماله فيما عليه».

وهذا يدل على أنها إسقاط بعوض، إلا أنها تختلف عن سائر المعاوضات لأن الأصل فى المقاصة الجبرية متى تحققت شروطها تقع بنفسها ولاتتوقف على رضا الطرفين أو أحدهما بل ومن غير طلبها أيضا فتقع جبرا على الطرفين وإن لم يرضيا بها كما قد تكون طلبية لطرف وجبرية على الاخر.

أما المعاوضات فانها كما هو معلوم لاتقع صحيحة إلا إذا كانت عن تراض وتفاهم من الطرفين عليها وإن المدين فى المعاوضات لايجبر على قضاء دينه من نوع معين مما يملكه، بل إن له الخيار فى تحديد ما يوفى به ديونه.

أما فى المقاصة فان الدينين يسقطان دون أن يختار كل منهما نوع الدين الساقط وإن كان هذا لايسلم به من قال إن المقاصة لاتكون إلا عن تراض فهى عندهم من المبادلات.

لهذا كان للمقاصة طبيعتها الخاصة المستقلة عن غيرها من مسائل المعاملات المختلفة لانها إسقاط مختلف عن سائر الاسقاطات فهو إسقاط بعوض ومن ناحية أخرى تسقط دينين متقابلين بمعنى انها معاوضة ولكنها مختلفة عن سائر المعاوضات لأنها تقع جبرا على الطرفين من غير رضا ولا إقدام عليها ولاطلب، ولاتقع إلا بين الديون دون الحقوق الأخرى.

وأنها تبرئ ذمتين مرة واحدة.

كما أنها معروف كالقرض لاتدخل فيها المغالبة ولا المكايسة[١].

هذا هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء فى تحديد طبيعة المقاصة وقد أنكروا على الحنفية ما ذهبوا إليه[٢].

---

(١) الزرقانى على مختصر الشيخ خليل، جـ٥، ص ٢٣٠.

(٢) ص ١٣٨.

وقالـــوا:

١- إن المقاصة تسقط دينين متقابلين في نفس الوقت ويقتضى كل من صاحبه بأن يمسك ما فى ذمته لنفسه، بدل ماله على الآخر فيسقط الدينان من غير قبض حقيقى لأن المال فى الذمة.

٢- وأن المقاصة صورة من بيع الدين بالدين، ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص، وان كان فيه معاوضة.

وقد ظن الحنفية أن الوفاء إنما يحصل باستيفاء الدين باعتبار أن الغريم اذا قبض الوفاء صار فى ذمة المدين مثله ثم انه يقاص ما عليه بماله، وهذا تكلف، لأن نفس المال الذى قبضه الدائن يحصل به الوفاء ولاحاجة إلى أن يقدر فى ذمة المستوفى دينا، حتى يكون وفاء دين بدين مطلق.

لان الدين من جنس المطلق الكلى.

والمعين من جنس المعين.

فمن ثبت فى ذمته دين مطلق كلى، فالمقصود منه الأعيان الموجودة وأى من استوفاه حصل به المقصود من ذلك الدين المطلق[١].

ولذلك كان ماذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأصح.

---

(١) اعلام الموقعين، جـ٢، ص ١٠، ود. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

ثانيـــــا

طبيعة المقاصة والحكمة من تشريعها في القانون المدني المصري

لقد أكد فقهاء القانون المدني أن المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام وأن لها فائدة اقتصادية هي أنها تسهل الوفاء ويتفادى بها الطرفان نقل الأموال وما يجره من نفقة وخطر وإجراءات. وذلك لأن المقاصة في حقيقتها عبارة عن اختزال الوفاء المزدوج، فبها ينقضي الدينان تماما إذا كانا متساويين في المقدار فلا يلزم بعد ذلك كل من الطرفين بوفاء ما عليه ثم يقوم بعد ذلك بمطالبة ماله في ذمة مدينة[1].

فالمقاصة تؤدى إلى تبسيط الروابط القانونية بين الدائن والمدين وهي وسيلة يستعان بها للإفلات من الوفاء بالنقد، لأن كلاً من الدائن والمدين يتقاضى دينه من نفسه حيث تقع المقاصة بنفسها وبحكم القانون كما هو واضح في القوانين التي أخذت بمذهب التقنينات اللاتينية إذ كل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر اذاتحقق الشروط القانونية المطلوبة[2].

وذهب فقهاء القانون المدني:

إلى أن للمقاصة فائدتين كبيرتين فهي أداة وفاء من جهة وأداة ضمان من جهة أخرى، لأن المدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته.

فيتقدم بذلك على دائني دائنه، في حاله افلاس هذا الأخير وبذلك يضمن

---

(١) الوسيط للسنهوري، جـ٣، ص ٨٧٤ ، احكام الالتزام، د. محمد سامي مدكور، جـ١، ص ٢٣٤ ، أحكام الالتزام، د. الصدة، جـ٢، ص ٢٣٧ ، أحكام الالتزام للدكتور سليمان مرقص، جـ٢، ص ٤٨٨ ، ذ ١٩٥٧ مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، النظرية العامة للالتزام، للدكتور/ عبد المنعم البدراوي، جـ٢، ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ط ١٩٦٨م ، د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٠٦ ، ١٠٧.

(٢) م ٣٦٢ مدني مصري.

الحصول على حقه، وما كان ليستطيع ذلك لولا المقاصة.

والدائن وإن كان دائنا عاديا يكون فى حكم الدائن المرتهن، أو الدائن ذى حق الامتياز وإن الدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا.

فهى من هذه الوجهة أداة ضمان، فيصير كل من الطرفين آمنا مطمئنا إلى حصوله على حقه لأنه ينظر إلى الدين المطلوب منه باعتباره ضامنا للمطلوب له[١].

(١) الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ٨٧٥ ، أحكام الالتزام، د. عبد المنعم فرج الصدة، جـ٢، ص ١٣٧ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ط ١٩٦٨ و م ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث

تمييز المقاصة عما يشتبه بها
من وسائل الوفاء والضمان

ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: المقاصة ومكانتها من وسائل وفاء الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

أولا: الفرق بين المقاصة وأداء الدين «الوفاء».

ثانيا: الفرق بين المقاصة وانقضاء الحق دون تنفيذه عينا، أو ما يعادله.

الفرع الثانى: تمييز المقاصة عن غيرها من وسائل الضمان فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

الفرع الأول

المقاصة ومكانتها من وسائل وفاء الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

طرق انتهاء الحق عديده يمكن حصرها فى.

١- انقضاء الحق بتنفيذه عينا.

٢- انقضاء الحق دون تنفيذه لاعينا أو ما يعادله.

اولا

الفرق بين المقاصة وأداء الدين «التنفيذ العينى»

إذا أدى المدين عين الدين الذى اتفق عليه مع الدائن كان التنفيذ عينا، ويجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء من غير جنس ما اتفق عليه وله أن يجبر المدين على أداء نوع الدين المتفق عليه بينهما، ويجوز للمدين أن يصالح الدائن على أن يدفع له غير جنس الدين المتفق عليه.

وأداء الدين - هو الطريق الطبيعى لوفائه وتخلص المدين من دينه وانحلال الرابطة بين الدائن والمدين.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لو كان «لمحمد» على «أحمد» مائة جنيه مصرى دينا فأحضر أحمد هذه المائة ودفعها إلى محمد عن دينه كان هذا قضاء للدين وإيفاء به.

إلا أنهم اختلفوا فيما حصل به قضاء الدين فى هذه الحالة، أهو نفس المال المدفوع من المدين إلى الدائن من غير أن تعتبر ذمة الدائن قد شغلت بما دفعه إليه المدين، أم هو بواسطة شغل ذمة الدائن بما أخذه من المدين ثم تقع المقاصة بين مافى الذمتين من الدين إلى قولين؟

القول الأول:

إن قضاء الدين يحصل بطريق المقاصة وإن المدفوع من المدين إلى الدائن قد شغلت ذمة الدائن بمثل ما دفعه إليه المدين فيلتقيان قصاصا.

ذهب إلى ذلك الحنفية[1] فاستيفاء الدين عندهم لايكون إلا عن طريق المقاصة.

فالواجب فى الأداء هو مثل المطلوب عند تعذر رد عينه، ومن المعلوم أن المطلوب دين، وهو وصف قائم بالذمة والمال المؤدى عين، فهو ليس عين الواجب لا مثله لأن الواجب دين وهو وصف والمؤدى عين وهى ذات.

ولكى يتحقق التماثل المطلوب فى الأداء وجب أن يعتبر أن مايقبضه رب الدين يصير مضمونا لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله أى مثل ما فى ذمته فيلتقيان قصاصا، لأن قبض نفس الدين لايتصور فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض العين[2].

وبناء على ذلك فهم يقولون إن الوفاء فى هذه الأحوال لايقضى على الدين نفسه لعدم التماثل بين الدين والعين - لأنه أمر اعتبارى فى الذمة والمدفوع عين والدين غير العين - فلا يسقط الوصف بهذا الدفع ولكن المطالبة تمتنع لأنه لافائدة ترجى من مطالبة الدائن بما هو واجب عليه إذ يستطيع المدين عند ذلك أن يسترد هو بدوره ماقبضه الدائن ولافائدة كذلك من مطالبة المدين باسترداد ما دفعه بالفعل لأنه باسترداده يصبح مهددا بمطالبة جديدة[3].

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٥٤ ، وكشف الأسرار للبزدوى، جـ٤، ص ٣٠٥ ، غمز عيون البصائر للحموى، جـ٢، ص ٢٠٢ ، حاشية الحموى على الاشباه، جـ٢، ص ٤٤ ، د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٣٤ ، الفتاوى الانقروية، جـ١، ص ٣١٢.

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٦٤ ، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص ٤٣ ، ٤٤.

القول الثانى:

إن قضاء الدين يحصل بنفس المال المدفوع من المدين إلى الدائن من غير أن يقدر فى ذمة المستوفى دينه.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء[١].

وقالوا إنه بهذا القضاء يسقط أصل الدين والمطالبة بالتبعية.

وحجتهم أن البيع الخاص ليس المقاصة لأن نفس المال الذى قبضه يحصل به الوفاء ولاحاجة إلى أن يقدر فى ذمة المستوفى دينا، والأحناف قصدوا وفاء دين بدين مطلق وهذا لاحاجة إليه لأن الدين من قبيل الأمر الكلى والمقصود منه الأعيان الموجودة، فأى معين استوفاه الدائن وكان مما تنطبق عليه أوصاف الدين يحصل به وفاء ذلك الدين.

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأقرب إلى الصواب وأبعد عن التكلف الذى ذهب إليه الأحناف.

لأن الدين وإن كان وصفا فى الذمة فهو مال فى اعتبار الشارع، وإن ما يؤديه المدين مما تنطبق عليه أوصاف الدين كأن يكون من جنس ذلك الدين يكون المؤدى عين الواجب وإذا كان المدين قد أدى عين ماوجب عليه فلا محل للقول بسقوط المطالبة مع بقاء أصل الدين[٢].

أما فى القانون المدنى فإن علماء القانون يذكرون أداء الدين «بالوفاء» وهو اقعة مختلطة تجمع بين التنفيذ المادى للالتزام كتسليم مبلغ من النقود، وبين التصرف القانونى لأنه اتفاقى على قضاء الدين وقد نص القانون المدنى المصرى الجديد على الوفاء باعتباره وسيلة متميزة من وسائل انقضاء الالتزام فى القانون[٣].

(١) إعلام الموقعين لابن القيم، جـ٢، ص ٩ ، ١٠.
(٢) الفتاوى الأنقروية، جـ١، ص ٣٠١١ الهامش.
(٣) الوسيط، جـ٣، ص ٦٣٥ وما بعدها ، أحكام الالتزام. د. سليمان مرقص، ص ٤٣٢ (=)

ثانيا

الفرق بين المقاصة وانقضاء الدين دون وفاء أو ما يعادله

أولا: الإبراء:

من طرق وفاء الديون الإبراء وقد يكون هذا تبرعا من الدائن للمدين بدون مقابل.

وقد يكون هذا الإبراء بمقابل مثل الخلع حيث يبرئ الزوج زوجته بحقوقه قبلها مقابل دفع مبلغ معين من المال.

وهنا يأخذ الإبراء شكل الصلح، فيكون فى الواقع إبراء جزئيا إذا كان المصالح والمصالح به من جنس واحد.

ويكون وفاء بمقابل إذا اختلف الجنسان على أن يتضمن الصلح فى الحالتين التنازل عن بعض الحق كما يأخذ الإبراء شكل الهبة إذا كان الموهوب له هو المدين.

ويشترط فى الإبراء:

١- أن يكون المبرئ عاقلا ، بالغا ، أهلا للتبرع ، راضيا به.

٢- أن يكون المبرأ معلوما لاجهالة به سواء كان فى الشخص المبرئ - أم المدين المبرأ منه[١].

(=) وما بعدها طبعة ١٩٧٥ ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية. والمواد من ٣٢٣ إلى٣٤٩ مدنى مصرى.

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ١٨٢ ، غمز عيون البطائر، جـ١، ص ٣٥٧ ، بدائع الصنائع، جـ ، ص ٢٠٣ ، الفروق للقرافى، جـ١، ص ١٠١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ١١٥ ، تهذيب الفروق، جـ٢، ص ١٣٦.

طبيعة الإبراء:

اختلف الفقهاء في طبيعة الإبراء.

فذهب البعض منهم إلى أنه إسقاط محض كالطلاق ، والعتاق[(١)].

وذهب آخرون إلى أنه تمليك ونقل لما في ذمة المدين ، كما لو ملك عينا بالبيع أو الهبة[(٢)].

والحقيقة أن الإبراء ليس تمليكا محضا. ولا إسقاطا محضا ، بل يشمل كلا منهما[(٣)].

لأن الدائن بأبرائه للمدين قد أسقط حقه الثابت له قبله، وفي الوقت نفسه قد ملكه ما في ذمته من الدين، فوجب أن يراعى كل من الإسقاط والتمليك.

ومن هذه الناحية نجد أن الإبراء كالمقاصة ، ولكن في الإبراء يكون الاسقاط والتمليك لطرف واحد فقط أما في المقاصة فأنها تكون لطرفين معا.

والإبراء في ظل التقنين المدنى السابق عقد أو اتفاق لابد لتمامه من قبول المدين.

وهذا ما اتجهت إليه بعض المذاهب الفقهية، وقد أخذ القانون القديم بهذا الاتجاه. أما القانون المدنى الحالى فقد أخذ بالرأى الراجح في الفقه الإسلامى من أن الإبراء تصرف من جانب واحد. أى من جانب الدائن، ولكنه يرتد بالرد خوفا من المن.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٠٣ ، غمز عيون البصائر، جـ٣، ص ٤٣ ، تهذيب الفروق، جـ٢، ص ١٣٦.

(٢) المراجع السابق.

(٣) القواعد لابن رجب، ص ٢٣٢ ق ١٠٤ ، تهذيب الفروق، جـ٢، ص ١٣٦ ، وبدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٠٣.

ولقد نص القانون المدنى المصرى على الابراء باعتباره وسيلة لانقضاء الالتزام[١].

وهو تصرف قانونى يصدر من جانب واحد هو الدائن لينزل عن حقه قبل المدين دون مقابل.

وعرف بأنه: «نزول الدائن عن حقه قبل الغير بغير مقابل فهو تبرع ويعتبر عملا قانونيا من جانب واحد».

فالدائن هنا لم يستوف عين حقه حتى يكون انقضاء الالتزام بالوفاء كما أنه لم يأخذ مقابلا عن حقه ليكون وفاء بمقابل إذ هو قد نزل عن حقه فلم يستوفه لاعينا ولابمقابل وهذا هو الإبراء[٢].

وبما أن الإبراء تبرع فتسرى عليه الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل متبرع[٣].

ثانيا: مُضِيُّ الزمن - (التقادم) :

الأصل أنه ليس لمرور الزمن أثر فى سقوط جميع الديون الثابتة فى الذمة ولكن فى العهود المتأخرة كثر الفسق وازداد التزوير فاضطر السلاطين العثمانيين إلى إصدار أوامر إدارية يقصد بها منع التلاعب بالحقوق وامتناع القضاة عن نظر الدعوى التى يكون الحق المدعى به فيها قد استحق المطالبة به قبل خمس عشرة سنة من تاريخ رفعها . بناء على أنه يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان.

ومن هنا ذهب الفقهاء المتأخرون إلى القول بمنع القضاة من سماع الدعاوى

---

(١) م ٣٧١ م م «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده».

(٢) الوسيط، جـ٣، ص ٩٦٢ ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص ٥٠٠ وما بعدها.

(٣) الوجيد للدكتور/ محمود ذكى، جـ٢، ص ٢٥١، ط ١٩٧٤ م .

التى استحق المطالبة بها قبل خمس عشرة سنة من تاريخ رفع الدعوى على أن لايكون الدائن قد طالب المدين بذلك الحق خلال تلك المدة.

وأن لايكون الدائن عاجزا بسبب ما عن المطالبة خلال تلك المدة، وأن يكون المدين منكراً للحق.

فإذا تحققت هذه الشروط امتنع القاضى عن سماع الدعوى، أما إذا تخلف شرط من ذلك لم يسقط الحق بالاقتضاء[١].

ومضى الزمن فى القانون المدنى يسمى بالتقادم المسقط، وقد نص على ذلك القانون المدنى المصرى باعتباره طريقا لانقضاء الدين الذى لم ينقض بأى طريقة أخرى[٢].

وهو عبارة عن مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به المدين، فيترتب على ذلك سقوط حقه فى المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه.

وإذا كانت المادة ٣٨٦ / ١ م تنص على أنه «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام» إلا أن بعض اساتذتنا يرى أن التقادم لايترتب عليه انقضاء الالتزام، وإنما هو تحويل للالتزام من التزام مدنى إلى التزام طبيعى[٣] وذلك بسقوط عنصر المطالبة «المسئولية»[٤].

---

(١) غمز عيون البصائر، جـ١، ص ٣٦٩ ، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٥٦ ، ٣٥٧.

(٢) المواد من ٣٧٦ إلى ٣٨٨ م م .

(٣) ينقسم الالتزام إلى نوعين: التزام مدنى، ويسمى بالالتزام الكامل ، وهو مكون من عنصرين:

أ- عنصر المديونية.

ب- عنصر المسئولية، وهذا الالتزام ينفذ جبرا عن المدين إذا لم يمتثل للتنفيذ الاختيارى.

أما الالتزام الطبيعى فلا جبر فى تنفيذه، لأنه لايوجد فيه عنصر المسئولية، وإنما يقوم فقط على عنصر المديونية. م ١٩٩ مدنى.

(٤) دروس فى أحكام الالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، د. عبد الخالق حسن احمد ٣٠٤ د- ١٩٩٢ م ، ص ١٠٢.

ويعلل شراح القانون تقادم الحقوق بأمرين:

١- سكوت الدائن مدة معينة عن المطالبة بحقه يُعد قرينة على أنه استوفاه وأن الدائن شخص مهمل فى المطالبة بحقه وكلتا الحالتين تستوجب أن ترفض دعواه.

٢- ضرورة استقرار الحقوق بعد مدة معينة من الزمن كما أن الحقيقة يتعذر معرفتها بعد مضى مدة طويلة عليه[١].

ويترتب على التقادم انقضاء الالتزام المدنى ، ولكن يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى ، وهذا الانقضاء يترتب دون أن يستوفي الدائن حقه ، لا بالوفاء ولا بما يعادله ، كما أن الدين ينقضى وإن لم يتم إبراء الدائن للمدين، أو حتى يعلم بانقضائه.

لذلك يكون التقادم وسيلة متميزة عن وسائل الوفاء الأخرى ومنها المقاصة.

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٩٦٦ ، ٩٩٩ ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص ٥٠٥ ، ٥٠٦.

الفرع الثانى

تمييز المقاصة عن غيرها من وسائل الضمان
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المقاصة وسيلة من الوسائل التى تضمن لكل طرفى التعامل وفاء ما على كل منهما من دين.

ولذلك فقد تختلط بوسائل الضمان الأخرى. فوجب تمييزها عنهم.

ويهمنا هنا تمييز المقاصة عن:

١- حق الحبس.

٢- عقد الرهن.

اولا: تمييز المقاصة عن حق الحبس:

حق الحبس هو سلطة للمدين بمقتضاها يمتنع عن الوفاء بما فى ذمته لدائنه بسبب ثبوت دين له فى ذمة دائنه متعلق بالشئ الذى هو مدين به.

بذلك يصبح المدين دائنا لدائنه ليحبس الشئ المدين به حتى يحصل على ما هو دائن به وقد يكون الشئ المحبوس عينا كما يكون دينا[(١)].

فالحق فى الحبس يفترض وجود شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين فى نفس الوقت، ويكون التزام كل منهما مترتبا على التزام الآخر ومرتبطا به فيؤدى هذا الارتباط إلى ثبوت الحق فى الحبس.

ومن أمثلة الحبس:

حبس الأجير لمحل عمله حتى يستوفى الأجرة.

---

(١) الهداية، جـ٣، ص ٢٣٣ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ١٧٥.

وحبس الخياط للثوب الذى أخاطه حتى يستوفى الأجرة أيضا.

وحبس الصانع ما صنعه لحين استلام الأجرة[١].

وحق الحبس فى الفقه الإسلامى:

ينظر إليه نظرة أعمق وأقوى منه فى القانون المدنى المصرى ضمانا للحقوق فهو حق يثبت ولو لم ترفع دعوى أمام المحكمة للمطالبة بالحق وليس بدفع. فإن الملتزم يمتنع عن أداء التزامه فى أى وقت إذا خاف ضياع حقه عند الملزم إذا كان دائنا له.

مثل المشترى والبائع فكل منهما يستعمل حقه فى حبس الثمن أو المبيع حتى يقوم الطرف الآخر بأداء التزامه إذا خاف فوات حقه.

وحق الحبس فى الفقه الإسلامى بوجه عام يتناول الحبس الواقع على البدن مثل حق حبس الزوج فى نفقة الزوجية وحبس واقع على الأموال مثل حبس المرتهن للعين المرهونة، أو حبس البائع السلعة المباعة أو حبس المشترى الثمن.

أما الحق فى الحبس كما جاء فى التقنين المدنى الحديث فلا هو بالحق العينى ولا بالحق الشخصى، بل هو حق المدين فى أن يوقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذى فى ذمة دائنه.

فهو دفع بعدم التنفيذ يدخل تحت الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعد فرعا عنه وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه القانون المدنى الجديد لكل دائن يكون مدينا فى الوقت ذاته لدائنه.

---

(١) البدائع، جـ٦، ص ٢٠٣، ٢٠٤، تبيين الحقائق، جـ٥، ص ٢٣١، ٣٠٨، ٣٠٩، الهداية، جـ٣، ص ٢٣٣، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ١٠٣، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٨١٨، المهذب، جـ١، ص ٤١٠، أعلام الموقعين، جـ٢، ص ٢٢، ٢٣، المحلى، جـ٨، ص ١٠١، مفتاح الكرامة، ص ٧١٩، ٧٢٠، المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ١٩١.

فالحق فى الحبس فى نظر فقهاء القانون دفع وليس بحق وهذا ليس فيه حماية كاملة للحقوق فالمدين يجبر على دفع الدين إذا لم ترفع عليه دعوى تنفيذ حتى يدفع بعدم تنفيذ العقد إذا كان له حق مقابل عند الدائن ولايخفى مافى هذا من ضياع للحقوق(١).

ويمكن تمييز المقاصة عن الحق فى الحبس فيما يلى:

١- المقاصة وسيلة وفاء وضمان ، أما الحق فى الحبس فهو وسيلة ضمان تتجلى فى تأخير التنفيذ فقط فلا يجوز للحابس أن يبيع المحبوس ويتقاضى دينه منه كما أنه لايستطيع أن يوقع المقاصة لعدم التجانس بين الحقين(٢).

٢- تقع المقاصة فى الديون فقط لأنها تساقط أما حق الحبس فأنه يكون غالبا بين عين ودين.

٣- الحق فى الحبس لايعمل به إلا إذا كانت هناك رابطة بين الحقين أو صلة بين الشئ والحق ، أما المقاصة فأنها تنطبق على كل دينين متقابلين أيا كان سببهما كأن يكون ديناً ناشئاً من بيع والاخر من قرض.

٤- لاتقع المقاصة إلا بين دينين خاليين من النزاع معروفي المقدار مؤكدين، أما فى حق الحبس فيستعمله من يثبت له ، بغض النظر عن كون أحد الحقين خالياً من النزاع أم لا.

تمييز المقاصة عن عقد الرهن

عقد الرهن:

هو المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه

---

(١) المواد ١٤٦ ، ٢٤٨ م م ، والسنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى، الجزئ الثالث، المجلد الثانى، ص ١٠٢٥، فقرة ٥٢٦ ، ط دار النهضة العربية، ١٩٨٤ م .

(٢) المغنى، جـ٥، ص ٣٧٤ ، ٣٧٨ ، المحلى، جـ٨، ص ١٢٥٨.

ممن هو عليه[١].

ولابد لتحقق الرهن من أركان ، ولهذه الأركان شروط:

واركان عقد الرهن هي: الراهن ، والمرهون ، والمرتهن ، والمرهون به ، والصيغة.

ويترتب على عقد الرهن حق للدائن فى حبس مال معين للمدين يستوثق به ماله ويمكنه من استيفاء حقه منه فيباع لوفاء الدين إذا لم يف المدين بدينه.

فالرهن أقوى الوثائق التى شرعها الله سبحانه وتعالى - لأنه يجعل الدائن مطمئنا على ماله كأنه فى حيازته ، ولايخشى انكارا ولا موتا مفاجئا ولا ضياعا بالنسيان أو بكثرة الاستدانة.

وأشير هنا إلى أوجه تمييز المقاصة عن عقد الرهن:

أولا: المقاصة تقع مهما اختلفت أسبابها حتى ولو كانت بعض هذه الأسباب غير مشروعة مثل الغصب أو الإتلاف أو من رابطة مشروعة مثل العقود، أما الرهن فلا بد وأن يكون رابطة شرعية عقدية.

ثانيا: الحقان فى المقاصة دينان دائما كما يشترط فيها أن يكون كل من طرفيها دائن ومدين فى نفس الوقت.

أما فى الرهن فأن الدين والمرهون قد يختلفان فى المضمون إذ المرهون يصح فى كل متقوم يصح بيعه منقولا أو عقارا أو منفعة[٢].

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٣٦٦ ، والشرح الكبير بهامش المغنى، جـ٤، ص ٢٦٦ ، كشاف القناع شرح متن الإقناع، جـ٢، ص ١٤٢ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٢١ ، الهداية مع العناية والتكملة، جـ٨، ص ١٨٩ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٣١ ، الأم، جـ٣، ص ١٤٩.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٣٥ ، الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٣١ ، ٢٣٣ ، والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٤، ص ٦ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٢٢.

ثالثا: المقاصة ضمان للدينين وبالتالى لطرفى التعامل أما فى الرهن فإنه يكون ضمانا لطرف واحد هو الدائن فقط لذلك تكون المقاصة أقوى ضمانا من الرهن.

رابعا: المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان فى نفس الوقت أما الرهن فهو وسيلة ضمان فقط للوفاء ولايكون وفاء إلا إذا تعذر على المدين أداء دينه وقد يكون فى الرهن ظلم على المدين إذا كان الرهن أكثر من الدين.

خامسا: المرهون أمانة عند المرتهن على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1].

فإذا أتلفه سقط حقه فى الضمان بينما لايحصل الإتلاف على الدين فى المقاصة لذلك نجد أن المقاصة أقوى ضمانا من الرهن فى هذه الناحية.

سادسا: الرهن باق لاينتهى إلى أن يستوفى الدائن دينه كاملا ، فالوفاء الجزئى لاينفك به الرهن.

أما المقاصة فأنها تساقط دينين متقابلين فيستوفى كل منهما مما فى ذمته للآخر فيسقط الدين فى حدود أقلهما ولا يبقى فى الذمة إلا فى حدود أقلهما عند اختلاف مقدار الدينين.

---

(١) هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والظاهرية ، مغنى المحتاج شرح المنهاج، جـ٢، ص ١٣٦، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٤٤٢ ، المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ٩٦.
أما الحنفية فقالوا إن هلاك المرهون بغير تعد من المرتهن يكون مضمونا على المرتهن ، العناية على الهداية، جـ٨، ص ٩٦.
أما المالكية فقالوا بالتفرقة بين ما يغاب عليه «أى مايمكن اخفاؤه كالحلى والثياب» وبين ما لايغاب عليه «أى مالا يمكن أخفاؤه كالعقار والحيوان» فقالوا فيما لايغاب عليه بعدم الضمان إلا إذا اقام الراهن بينه على كذب المرتهن فى عدم التعدى وإهمال الحفظ.
وقالوا فيما يغاب عليه بالضمان بشرطين هما:
١- أن يكون المرهون بيد المرتهن نفسه لابيد غيره.
٢- ألا تقوم بينه للمرتهن على أن الهلاك والتلف حصل بغير علمه ، الباجى على الموطأ، جـ٥، ص٢٤٥ ، شرح الخرشى، جـ٥، ص ٢٥٦.

المقاصة نظام خاص

مما مضى أرى أن المقاصة أداة فعالة فى الحياة العملية للوفاء وأنها نظام خاص متميز عن غيره من وسائل الوفاء.

فيرى الأحناف أن المقاصة هى الطريق الوحيد لقضاء الديون ولاتقضى بدونها[(١)].

وقال المالكية إن المقصود من المقاصة هو المعاوضة والإبراء فصرحوا بأن التقاص يؤدى إلى تساقط دينين متقابلين عن ذمتين مشغولتين بهما[(٢)].

وعند الشافعية المقاصة أداة عتق أى أداة وفاء للنجوم التى ترتب عليها عتق المكاتب أى أداة وفاء[(٣)].

وعند الحنابلة المقاصة هى تساقط عن ذمتين مشغولتين فهى أداة لقضاء الديون[(٤)].

ومن هنا أرى أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى أن المقاصة وسيلة خاصة من وسائل وفاء الدين لها عناصرها المكونة لها التى تجعل منها نظاما خاصا متميزاً عن غيره من النظم الأخرى.

وهذا يظهر من تعريف الفقهاء للمقاصة.

فهى اقتطاع دين من دين فلا يدفع أى من الطرفين شيئا مقبوضا للآخر. فلذلك تختلف عن أداة الدين أو الوفاء بمقابل.

كما أن للمقاصة طرفين كل منهما دائن ومدين للآخر فهى تختلف إذن عن اتحاد الذمة.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٣٤.
(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، جـ٢، ص ١١٨.
(٣) الأم، جـ٧، ص ٣٨٨ ، ٣٨٩.
(٤) منتهى الارادة، جـ٢، ص ٢٢٤.

وأخيرا المقاصة اسقاط بعوض فتختلف عن الإبراء الذى يكون بدون عوض[(١)].

وفى القانون المدنى المصرى نجد أنه أخذ بهذا الاتجاه:

فجعل المقاصة نوعاً من الوفاء فكل دائن يستوفى حقه من حق مدينه قبله.

والمقاصة سبب من أسباب انقضاء الالتزام إذ أن كل من الدينين ينقضى بقدر الأقل منهما ، والمقاصة كثيرة الوقوع فى العمل وخاصة فى المعاملات التجارية ومن أمثلتها ما يقع فى الحساب الجارى من مقاصة بين خصوم الحساب وأصوله ، وما تقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك.

والمقاصة أنواع ثلاثة: فإلى جانب المقاصة القانونية توجد مقاصة قضائية وهى المقاصة التى كانت معروفة فى القانون الرومانى.

ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية وهى مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بارادتيهما معا ، إذ نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة مالم يتوافر ما دام هذا الشرط مقررا لمصلحته.

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية ، وهى التى عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان «المقاصة» وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها[(٢)].

وهى التى تقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها.

---

(١) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية، جـ٢، ص ٩٤ ، المجلة العدلية، ص ٤٤٢ ، ٦٦٧ ، البهة شرح التحفة، جـ٢، ص ٥٢ ، د. ليلى عبد العزيز، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) المواد من ٣٦١ إلى ٣٦٩ مدنى مصرى ، الوسيط، جـ٣، المجلد الثانى، ص ١٠٣٤ بند ٥٢٩ ، دار النهضة، ١٩٨٤ م ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٩٧ وما بعدها ، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣٥، بند ٤٠٠١ ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤١٩، دار النهضة العربية، ١٩٧٤ م.

المبحث الثانى

أركان المقاصة وشروطها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

أما الأركان فهى المحل والطرفان.

وأما الشروط فهى أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا للآخر ومدينا له فى نفس الوقت وبصفته الأصلية حتى يتحقق تقابل الدينين فى وقت واحد.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: محل المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الثانى: طرفا المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث: شروط المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الأول

محـــل المقاصـــة

وينقسم إلى فرعين:

الفــرع الأول: محل المقاصة فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: محل المقاصة فى القانون المدنى المصرى.

الفرع الأول

مُحل المقاصة فى الفقه الإسلامى

محل الشئ، هو الذى يرد عليه التعريف، فمثلا محل عقد البيع هو المعقود عليه من الثمن والمثمن.

ومحل المقاصة هو ذلك الشئ الذى يقع عليه تقاص الطرفان ويظهر أثره فيه ويطلق على مايشمل البدلين.

وذلك بناء على أنه قد جاء فى أحد تعاريف المقاصة.

«أن المقاصة تطارح المتداينين دينهما المتفق فى الجنس على أن يأخذ كل منهما ما فى ذمته فى مقابله ماله فى ذمة صاحبه».

ومعنى هذا أن محل المقاصة فى الأصل هو «دين فى الذمة» ولكن قد يكون محل التقاص عينين أو عين ودين أو منافع أو حقوق مجردة، ولذلك وجب الحديث عن ذلك كما يلى.

١- الديون.
٢- المنافع.
٣- الأعيان.

اولا

الديـــــون

الأصل فى المقاصة أنها لاتكون إلا فى دينين من الجانبين فيكون للمدين على دائنه دين يقاص به.

هذا هو ما يظهر جليا من تعريف المقاصة عند من عرفوها ومن أحكامها وخصائصها عندهم جميعا.

والدين يكون في الذمة ، وهذا يستلزم منا التعرض لمعنى الدين ومعنى الذمة وما يتعلق بهما.

ولقد سبق فى الفصل التمهيدى تعريف الدين وكذلك سبق الحديث هناك عن أقسام الدين، فلا داعى لإعادة الحديث عنهم هنا[١].

ولكن تعريف الحنفية للدين بأنه «مال» لايلائم ماعرف عن الحنفية من الدين عندهم أنه ليس بمال.

بل هو وصف فى الذمة لايتصور قبضه حقيقة ، فيبقى فى ذمة المدين حتى تشغل ذمة الدائن بمثله للمدين فيلتقيان قصاصا، وهو المراد بقولهم إن الديون تقضى بأمثالها ، ولهذا قال صاحب البدائع فى تعريفه «أنه مال حكمى، أى أن له حكم المال لا أنه مال حقيقى»[٢].

وبالنظر فى أقســـام الديون ، نجـد أن هناك أقســـام للديون لاتدخل فى المقاصة فيتبين لنا من تقسيم الديون باعتبار الدائن ، أنها تنقسم إلى ديون لله سبحانه وتعالى وديون للعباد وديون العباد فقط هى التى تصح أن تكون محلا

---

(١) انظر، ص ٧٩ من هذا البحث.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٣٤ ، فتح القدير، جـ٥، ص ٤٣١ وما بعدها ، رد المحتار، جـ٣، ص ١٠٤ ، ١٤٢.

للمقاصة ، أما ديون الله سبحانه وتعالى فأنها لاتكون محلا للمقاصة.

لأن ديون العباد دون الله هى التى لها مطالب من جهة العباد ويتحقق فيها التقابل ويصح فيها التنازل والاسقاط، وكذلك عند تقسيم الدين إلى حال ومؤجل ، نجد أن الدين الحال يصح أن يكون محلا للمقاصة مع دين آخر حال لأن الدين المؤجل لايجب الوفاء به فى الحال والمقاصة وسيلة وفاء تقضى الدين فى الحال لذلك يترتب عليها إضرار لمن كان دينه مؤجلا وسيتم بيان ذلك.

وأشير هنا بإيجاز إلى:

١- تعريف الذمة.
٢- لمن تثبت الذمة.
٣- خصائص الذمة.
٤- نطاق الذمة.

١- تعريف الذمة:

من التعاريف السابقة للمال والدين نجد أن الذمة والمال من عناصر الدين فالدين عبارة عن مال متعلق بالذمة.

والذمة في اللغة:

العهد - والعهد لايكون إلا للإنسان ، فلذلك الذمة لاتكون إلا للإنسان.

قال تعالى: **﴿وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم الست بربكم قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين﴾**[1].

فالذمة والذمام فى أصل اللغة العهد الذى يذم من يضيعه أو ينقضه ومنه

(١) سورة الأعراف الآية: ١٧٢.

قوله تعالى: ﴿لايرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمة﴾[١].

الذمة فى اصطلاح الفقهاء:

اختلفت وجهات نظر الفقهاء المسلمين فى تحديد معناها وبيان حقيقتها كما يل:

أولا: عرفها صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوى[٢].

وكذلك ورد تعريفها فى التقرير والتحبير[٣] وفى الفروق للقرافى[٤].

بأنها «أهلية التعامل» فاذا قيل إن زيدا له ذمة ، معناه أنه أهل لأن يعامل.

ثانيا: قيل هى وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه[٥].

٢- لمن تثبت الذمة ؟:

والذمة تثبت لكل شخص يولد حيا[٦] وتلازمه خلال فترة حياته إلى أن تنتهى وتتلاشى بالموت، وهى تشمل الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكون مالية كالصلاة والصيام والحج وسواء أكانت حقوقا لله تعالى أم حقوقا للناس.

والذمة أساسا من خواص الإنسان.

ولكن كما تكون للإنسان فانها تكون لجهات أخرى «أشخاص معنوية»

---

(١) سورة التوبة الآية: ١٠.
(٢) جـ٢، ص ٢٣٨.
(٣) جـ٢، ص ١٦٤.
(٤) جـ٣، ص ٢٢٧.
(٥) الازميرى على المرآة،جـ٢، ص ٤٣٤ ، نظرية العقد للدكتور/ محمود شوكت العدوى، ص ٤٦ ، التوضيح شرح التنقيح، جـ٢، ص ١٦١ ، تنقيح الحامدية، جـ٣، ص ١٥٢.
(٦) كشف الأسرار على اصول البزدوى، جـ٤، ص ١٣٥٨ ، طبعة بيروت، وانظر المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٤٨٥.

كالمؤسسات والوقف والمساجد ودور العلم.

فهذه الجهات لها ذمم يناط بها ثبوت حقوق لها وواجبات عليها فمثلا ناظر الوقف فأنه يبيع ويشترى ويؤجر ويستأجر باسم الوقف ولا يتعلق بذمته مايلزم ذلك من حق أو واجب لأنه ليس مملوكا له بل يكون للوقف أو عليه(١).

فليس لشخصية هذا القيم دخل فى هذه التصرفات سوى أنه نائب فقط بدليل أنه لو عزل هذا القيم فإن القيم الذى يأتى بعده يتم هذه التصرفات.

وذهب رأى آخر فى الفقه الإسلامى إلى نفى الذمة عن هذه الجهات قال بعض الفقهاء «المصرح به أن الوقف لا ذمة له وأن الاستدانة من القيم لاتثبت الدين فى الوقف إذ لاذمة له ولا يثبت الدين إلا على القيم ويرجع به على الوقف وورثته تقوم مقامه فى الرجوع»(٢).

وجاء فى البحر الرائق «إذا احتاجت الصدقة إلى العمارة وليس فى يد القوم ما يعمرها فليس له أن يستدين عليها لأن الدين لايجب ابتداء إلا فى الذمة وليس للوقف ذمة»(٣).

فهذين النصين ينفيان صراحة الذمة عن الوقف ومن ثم لاتتميز بمثل مايتميز به الإنسان من الحقوق والالتزامات التي تترتب على الذمة.

وبناء على ما تقدم فانني أميل إلى رأى من قال من الفقهاء المحدثين إن الذمة ثابتة لهذه الجهات وإثبات الشخصية المعنوية لهذه الجهات لا تأباه قواعد وروح الشريعة الغراء ومن ثم يثبت لها ذمة مثل الإنسان ، وذلك لأن معنى الذمة ثابت لهذه الجهات وهو صلاحيتها لثبوت حقوق لها والتزامات عليها

---

(١) الفروق للقرافى، جـ٣، ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٢٧٣ ، المدخل لسلام مدكور، ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، الوقف للشيخ أحمد فرج السنهورى، ص٨٢١ ، ٨٢٣ ، نظرية العقد لاستاذنا الدكتور/ محمود شوكت العدوى، ص ٤٨.

(٢) العقود الدرية فى تنقيح الحامدية، جـ٢، ص ٢٠٢.

(٣) البحر الرائق، جـ٥، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧.

ومن ثم يثبت لها الشخصية المعنوية.

وطالما أن الذمة تثبت للإنسان بطريق الفرض والتقدير فلا مانع من أن نقدر لهذه الجهات ذمة مثل الإنسان[١].

فتكون الذمة ثابتة للإنسان وللشخص المعنوى معا فهما صالحتان لوقوع المقاصة إذا ما توافرت شروطها.

٣- خصائص الذمة:

أثبت الفقهاء للذمة أحكاما نتبين منها خصائص وهى:

١- الذمة من لوازم الشخصية ، كما أنها تلازم العنصر الثانى من أهلية الوجوب وهو قابلية الالتزام ولذلك لايتصور أن يوجد شخص بلا ذمة ما دام ولد حيا وثبت له أهلية الوجوب.

والشخص هنا يشمل الطبيعى والحكمى لأن الأول يولد حسا ، والثانى يولد اعتبارا بمقتضى التشريع[٢].

٢- لايكون لشخص أكثر من ذمة واحدة كما أن الذمة لا اشتراك فيها.

٣- الذمة ضمان لكل الديون على السواء ، ويد الشخص حرة فى أعيان ماله يتصرف فيها كيف يشاء «إلا إذا كان دين غير عادى كالمشمول برهن عين معينة».

ولايقتضى الدين منع المدين من التصرف بأمواله لأن الذمة لاحد لسعتها إذ هى مستقلة عما يملك صاحبها.

---

(١) عوارض الأهلية للنووى، ص ٤٩ وما بعدها ، ومباحث الحكم عن الأصوليين للأستاذ الدكتور/ محمد سلام مدكور، ص ٢٤٦ ، الأموال ونظرية العقد، د. محمد يوسف موسى.

(٢) فكرة الحق والالتزام، د. مصطفى الزرقا، ص ١٣١.

٤- نطاق الذمة:

وتوضيح نطاق الذمة أمر هام لأنه توجد أشخاص لهم ذمة ، ومع ذلك لايمكن أن تتعلق بهذه الذمة دين.

ونتحدث هنا عن إثبات الذمة:

١- للجنين.
٢- للصبى غير المميز.
٣- للصبى المميز.
٤- مرحلة البلوغ.

أولا: الجنين:

تثبت للجنين ذمة ناقصة مقصورة على الحقوق التى تجب له فقط دون الواجبة عليه فهى مقصورة على ثبوت الوصية له أو حق الميراث أو النسب.

وعليه فإن الجنين لايتحمل بالالتزامات ، لأن الذمة الكاملة لاتثبت إلا لشخص مستقل سواء كان شخصا طبيعيا أو حكميا ، والجنين فى بطن أمه لا ذمة له لأنه ليس شخصا مستقلا ، بل هو جزء من أمه تابع لها.

لذا قال الفقهاء لاتصح الهبة للحمل ولو اشترى الإنسان لحمله شيئا لايملكه كما لاتثبت ولاية أوصاية عليه(١).

طالما أن الجنين لايتحمل بالالتزامات ولا يمكن أن يكون مدينا وبالتالى يفقد ركنا وعنصرا هاما فى المقاصة وهو كونه مدينا لأن من شروط المقاصة أن يكون الطرفان المراد وقوع المقاصة بين دينهما كل منهما دائن ومدين وبذلك لايمكن أن يكون طرفا فى المقاصة على الرغم من ثبوت الذمة له.

---
(١) التقرير والتحبير، جـ٣، ص ١٦٤.

ثانيا: بالنسبة للصبى غير المميز والصبى المميز والبالغ الرشيد:

وهم بصورة بسيطة لهم ذمة كاملة فيكونوا صالحين لقبول الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإن كان بعض حالات الصبى غير المميز والصبى المميز يباشر عنهم وليهم التصرفات ، لكن إذا أصبح أى منهم دائنا ومدينا فى حالة المقاصة وقعت على الرغم من مباشرة وليهم التصرفات عنهم.

أما حالة الرشيد البالغ فهو له ذمة كاملة طالما أنه لم يحجر عليه بسبب من أسباب الحجر فيصح أن يكون طرفا فى المقاصة بالاصالة عن نفسه وتقع بين ديونه وديون الآخرين قبله.

مايترتب على الذمة المالية فى القانون:

يترتب على أن الذمة مجموعة قانونية مستقلة عن عناصرها.

أن مجموع أموال المدين الموجودة فعلا والتى قد توجد له فى المستقبل تكون ضمانا عاما للوفاء بديونه.

وهذه العمومية التى لحق الضمان المقرر للدائن تجعل هذا الحق ينصب فى حقيقته على ذمة المدين المالية وذلك باعتبارها مجموعة قانونية تشمل أموال المدين الحاضرة والمستقبلة وتفقد فيها عناصرها وذاتيتها فلا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية ، فهى كل مستقل عن العناصر التى تدخل فيه وما يطرأ على هذه العناصر من زيادة أو نقصان ليس من شأنه أن يحول دون بقاء الذمة كوحدة متميزة ويترتب على هذا نتيجتان هامتان.

النتيجة الأولى:

فلأن الذمة المالية مجموعة مستقلة عن العناصر التى تدخل فيها ولاتتأثر بزيادة هذه العناصر أو نقصها ، فأنه يكون للمدين أن يتصرف فى أمواله وفى هذه الحالة يضار الدائن إذا خرج المال من ذمة مدينه ، إلا إذا كان للدائن حق عينى تبعى على الشئ الذى انتقل إلى الغير كحق الرهن أو

الامتياز أو الاختصاص إذ يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يتتبع الشئ فى أى يد وينفذ عليه بحقه.

النتيجة الثانية:

ولأن الذمة المالية للمدين ضمان عام لجميع الدائنين يتساوون فى هذا الضمان، فلا يفضل أحد منهم على الاخر ، ويقتسمون أموال المدين قسمة غرماء إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم على غيره من الدائنين فى ضمان حقه بمقتضى حق عينى تبعى مقرر له على الشئ الذى بيع.

ويلاحظ أن فى هاتين النتيجتين خطرا على الدائن ، وأن هذا الخطر كان رائد المشرع فيما كفله للدائنين من وسائل تكفل التنفيذ بحقه.

فالقاعدة إذن أن للدائن حق ضمان عام على أموال المدين ، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختيارى استطاع الدائن أن ينفذ بحقه جبرا على أى مال من أموال المدين ، وحق الضمان المقرر للدائن عام من ناحيتين فهو يشمل جميع أموال المدين وهو مقرر لجميع الدائنين.

وهذه القاعدة نصت عليها المادة ٢٣٤ من القانون المدنى بقولها:

١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

٢- وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون(١).

فالذمة المالية هى إذن تيسير للمدين ، لأن الضمان لو وقع على أمواله نفسها فأنها سوف تكون مثقله بما للدائنين من ضمان عام على أمواله فلا

---

(١) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ص ١٩١ ، ١٩٣ ، وأحكام الالتزام للدكتور/ فرج الصدة المدخل للقانون الخاص، ذ. البداروى، ص ٢٥٣ ، ٢٥٥ ، نظرية الحق، د. نعمان جمعة، ص٢٥٩ ، ٢٦٠.

يستطيع بذلك أن يتصرف فيها إلى حين انقضاء الدين ، وفي هذا ما فيه من تضييق زائد عليه وتعويق لتداول الأموال وازدهار التجاره.

كما يتصور أن الدائن يضار بخروج المال من ذمة مدينه وهو عاجز عن أن يتتبعها وينفذ عليها بحقه ، إلا أنه فى الواقع يستطيع أن يتفادى هذه النتيجة الضارة بتقوية حقه بحق عينى على أحد أموال المدين كحق رهن أم امتياز أو اختصاص فيتمكن بذلك من أن يتتبع الحق وينفذ عليه بحقه إذا ما انتقل للغير[١].

مايصلح ان يكون محلا للمقاصة من الأموال

سبق فى الفصل التمهيدى أن عرفت الاموال وقمت بتقسيمها إلى أقسام متعددة وأشير هنا إلى ما يصلح من هذه الأقسام أن يكون محلا للمقاصة ويمكن بيان ذلك فيما يلى:

١- اتفق الفقهاء على صلاحية ثبوت المكيل والموزون في الذمة بكل سبب من الأسباب[٢]. ومن ثم يصلح أن يكون محلا للمقاصة.

٢- ذهب جمهور الفقهاء مالك ، والشافعي ، وأحمد إلى صلاحية الحيوان للثبوت فى الذمة فى كل حال.

ويرى الحنفية أنه لايصلح دينا إلا إذا قوبل بغير مال كما لو جعل مهرا أو مخالعا عليه، أو بدل كتابه ، أما إذا جعل ثمنا مسلما فيه أو بدل قرض فأنه لايثبت دينا فى الذمة ومن ثم لايكون محلا للمقاصة فى الحالة الثانية عند الاحناف.

---

(١) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٢٥٣ ، ٣٦٤ ، المدونة، جـ٩، ص ٢٤ ، ١٣٨ ، بداية المجتهد، جـ١، ص ١٧، جـ٢، ص ١٦٥ ، ط محمد على صبيح، ط ١ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٠٨ ، ١١٠ / ١١٩ ط مصطفى البابى الحلبى ، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦، مطبعة المنار ١٣٤٧.

أما عند الجمهور فإنه يصلح أن يكون محلا للمقاصة والظاهرية مع الحنفية فى السلم ومع الجمهور فى غيره.

٣- ذهب الأئمة الثلاثة إلى صلاحية المزروع أن يكون دينا فى كل حال وقال الحنفية بصلاحيته، إلا أن يكون بدل قرض فإنه لايصلح أن يكون دينا ويرى الظاهرية عدم صلاحيته فى السلم.

٤- ذهب الأئمة الأربعة إلى عدم صلاحية العقار، وكل مالا ينضبط بالصفة لأن يثبت دينا فى الذمة ، ويرى الظاهرية جواز ثبوت هذه الأشياء فى الذمة إذا كانت بدل قرض.

٥- ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت المنافع فى الذمة ، إلا إذا جعلت مهرا أو مخالعا عليها وكانت مما يجوز أخذ الأجرة فى مقابله.

ويرى جمهور الفقهاء جواز ثبوت المنافع فى الذمة سلما أو قرضا وغير ذلك[1].

وبالتالى يتبين لى أن ماصح عن الفقهاء أن يكون دينا فى الذمة يصح أيضا أن يكون محلا للمقاصة ومالا يصح أن يكون دينا فى الذمة لا يصح أن يكون محلا للمقاصة.

ثانيا: مالية المنافع:

سبق فى الباب التمهيدى أن تحدثت عن تعريف المال وأقسامه وعناصره ثم تحدثت عن مالية المنافع.

---

(١) فتح القدير، جـ٢، ص ٤٥١ ، ٤٦١ ، جـ٥، ص ١١ ، ٣٣٩ ، جـ٧، ص ٣٩٤ ، البحر الرائق، جـ٤، ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، ابن عابدين، جـ٢، ص ٣٣٧ ، جـ٤، ص ١٨٠ ، واحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٢٧ ، بداية المجتهد، جـ١، ص ١٧ ، جـ٢، ص١٦٥، ط محمد على صبيح، ط ١ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١٩ ، والمغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، د. ليلى عبد العزيز، ص ١١٩ ، والمحلى، جـ٨ ، ص ٧٧ وما بعدها ، دار النهضة المنيرية ١٣٥٠ هـ.

وتبين لنا أن الفقهاء قد انقسموا بشأن مالية المنافع إلى فريقين:

الفريق الأول:

ذهب الحنفية إلى أن المنافع ليست مال وحجتهم أن المنفعة ليست بمال متقوم لأن صفة المالية للشئ لاتثبت إلا بالتمول والتمول صيانة الشئ وادخار لوقت الحاجة والمنافع لايمكن ادخارها وحيازتها ، وإن أمكن الانتفاع بها ، لأنها من الأغراض تتجدد بتجدد أوقاتها لأنها لاتبقى زمانين فهى عندهم لايمكن أن تكون دينا فى الذمة ولا أن تكون محلا للمقاصة(١).

الفريق الثانى:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المنافع أموال وحجتهم أن المنافع يمكن حيازتها بحيازة أصلها ومصدرها وبالتالى تكون دينا فى الذمة ويصح أن تكون رأس مال سلم وبدل كتابه(٢).

ومن ثم أجازوا أن تكون دينا فى الذمة وكل ما كان كذلك فإنه يصح أن يكون محلا للمقاصة.

والراجح كما قلت هناك هو رأى الجمهور لقوة دليله ولاتفاقه مع أعراف الناس وأغراضهم ومعاملاتهم.

وعلى هذا تصلح المنافع لأن تكون دينا فى الذمة ومن ثم تكون صالحة لوقوع المقاصة بمقتضى هذه المالية.

---

(١) التلويح على التوضيح، جـ١، ص ١٧١ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٢٥٢ ، ٣٩٤ ، المقاصة، د. محمد سلام مدكور، ص ١٩ ، المبسوط للسرخسى، جـ١١، ص ٧٩ ، ط١ مطبعة الساعدة.

(٢) الخرشى على مختصر خليل، جـ٦، ص ١٤١ ، المدونة، جـ٩، ص ٢٤ ، ١٣٨ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١٩ ، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦.

وهذا واضح عند المالكيـة حـيث تجـوز عندهم المقـاصـة فى المنافع وعند الحنابلة تقع المقاصة فى منفعة المركوب.

والمحلوب والنفقة عليهما[١].

وفى القانون المدنى المصرى:

نجد أنه من الشروط الواجب توافرها لوقـوع المقاصـة بين دينين «التمـاثل فى المحل مابين الدينين».

أى يجب أن يكون مـحل كل من الدينين نقـودا أو أشـيـاء مـثليـة من نوع واحـد ومن درجـة واحـدة فى الجـودة، وذلك حـتى يتـمكن كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشئ الواجب الأداء.

والمنافع مـثل استـئجار دارا للسكنى أو سيـارة عامة أو خاصة للانتفاع بركوبها اعتبرها القانون المدنى المصرى من الأموال، كما اعتبر حقوق المؤلفين وبراءات الاختراع وأمثالها مالا ولكن رغم ذلك.

لاتجـوز المقاصـة فى دينين مـحل كل منهـمـا عـمل أو امـتناع عن عـمل أو مـحل أحدهـمـا عـمل ومـحل الآخر امـتناع عن عـمل من باب أولى وذلك مـهـمـا تشـابهت الأعـمال، وحتى لو لم يكن من الضرورى أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذى التزم به، فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية[٢].

أى أن المقاصة لاتتصور إلا بالنسبة للالتزامات باعطاء أشياء مثلية، إذا اتحد موضوعها فى النوع والجودة، أما الالتزامات بعمل أو بامتناع عن عمل فلا تقع المقاصة بينها[٣].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الوسيط، جـ٣، ص ١٠٤٢، ط دار النهضة، ١٩٨٤ م.

(٣) أحكام الالتـزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٢٥، دار النهـضـة العـربيـة، ١٩٧٤ م ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البداروى، ص ٣٩٤، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

ثالثا: الأعـــيان:

المقاصة بين العينين:

العين: هى ذلك الشئ الذى له مادة وجسم يحس الإنسان بوجوده، وقد اتفق الفقهاء على أن ضمانه يكون برده بذاته إذا كانت عينه قائمة وذلك لأن الحق متصل بالعين ذاتها فمن غصب أرضا عقارية ومنعها عن صاحبها أو منقولا فإنه يضمن هذه العين بردها بذاتها لقول الرسول «على اليد ما أخذت حتى تؤد به» رواه الخمسة إلا النسائى[١].

وشروط المقاصة القانونية:

كلها تدور حول الدين والدين غير العين والمقاصة هى طريق لانقضاء دينين متقابلين فى ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت بقدر الأقل منهما.

وهذا التعريف واضح فى أن محل المقاصة هو الدين وليس العين.

وأيضا تنص المادة ٣٦٤ مدنى مصرى على أنه «تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها».

وهذا النص واضح أيضا فى قصر محل المقاصة على الديون فقط.

هذا من ناحية المقاصة القانونية.

وبالنظر فى المقاصة الاختيارية، نجد أنها مقاصة تقع بأرادة ذوى الشأن لابحكم القانون، أى يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على وقوع المقاصة رغم عدم تكامل شروط وقوعها قانونا.

ومثل هذا الاتفاق سائغ تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد فيجوز مثلا الاتفاق

---

(١) نيل الأوطار، جـ٥، ص ٣٣٥ ، مصادر الحق للسنهورى، جـ١، ص ١٨ وما بعدها، ط دار احياء التراث العربى - بيروت ، الحق والذمة للشيخ الخفيف، ص ٨٢ وما بعدها.

على أن تتم المقاصة بين دين حال ودين مؤجل أو بين دينمحله مبلغ من النقود وآخر محله شئ معين.

فالمقاصة الاختيارية يمكن اجراؤها حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما ، فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا بحسب الأحوال(١).

فاذا قلنا بمبدأ حرية التعاقد فأرى أنه يجوز أن تقع المقاصة الاختيارية بين الطرفين إذا كان محل المقاصة مختلف كأن يكون أحد الطرفين مدينا بدين نقدى والآخر مدين بعين معينة.

أما المقاصة القضائية:

فهى المقاصة التى يجريها القاضى إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وهذا هو شرط الخلو من النزاع.

ولذا تعتبر المقاصة القضائية بمثابة دعوى فرعية موضوعها الاعتراف بالدين المتنازع فى وجوده أو فى مقداره مع استيفائه عن طريق المقاصة.

والمقاصة القضائية ليست فى حقيقتها إلا مقاصة قانونية تقع عندما يتوافر بحكم القاضى شرط الخلو من النزاع الذى كان ينقصها(٢).

فيجوز للطرف الذى له حق متنازع فيه أو غير معلوم المقدار أن يلجأ إلى القاضى لحسم النزاع فى هذا الحق أو لتعيين مقداره.

فاذا قام القاضى بذلك فإن شروط المقاصة تكون قد توافرت ويحكم القاضى بوقوعها ويكون هذا الحكم منشئا للمقاصة(٣).

(١) الوسيط، جـ٣، ص ١٠٩٢.
(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٣٧.
(٣) أحكام الالتزام والإثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٤١، ط ١٩٨٨ - ١٩٨٩م ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٤٠٨، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

فالمقاصة القضائية تكون إذن فى الاحوال التى لاتتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيدا[١].

المقاصة بين الدين والعين

تقع المقاصة بين الدين والعين باتفاق بين طرفى المقاصة.

أما المقاصة الجبرية أو الطلبية فأنها لاتكون إلا فى دينين، لأن عدم التجانس مانع من وقوعها جبرا وذلك فى حالة ما إذا كان قابض العين لم يحدث فيها شيئ يوجب ضمان ثمنها فى ذمته.

فإذا اشترى شخص دينارا بعشرة دراهم مثلا وقبض الدينار وكان له على بائع الدينار عشرة دراهم أو حصل له عليه عشرة دراهم فأراد أن يجعلها قصاصا بالعشرة التى وجبت عليه ثمنا للدينار.

فعند الحنفية[٢] تفصيل هذه المسئلة على النحو التالى:

أولا: أن العشرة التى على البائع إن وجبت عليه قبل الصرف بقرض أو

(١) الوسيط، جـ٣، ص ١٠٩٤ ، دار النهضة العربية، ١٩٨٤ م ، أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٠ وما بعدها، ط دار الفكر العربى.

(٢) **جاء فى الهداية وشرحها الكفاية،** جـ٣، ص ١٢٥: «أنه إذا إشترى دينارا بعشرة دراهم هى دين له على بائع الدينار وقبض الدينار وقعت المقاصة بنفس العقد لأنهما إن أضافا العقد إلى الدين وجب ثمن لايجب تعيينه، لأنه يسقط، وتعيين الساقط محال، فلهذا وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما.

وجاء فى البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦: «ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الحظر أما وهى ما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا. فالمذكور هنا استحسان والقياس عدم الجواز وقول زفر لكونه استبدال ببدل الصرف، ووجه الاستحسان أنهما لما تقاصا انفسخ الأول وانعقدت صرف آخر مضافا إلى الدين».

جاء هذا الكلام فى معرض مقاصة الدين بالعين. (=)

غصب أو من ثمن مبيع فأراد أن يجعلها ثمن الدينار وهو العشرة قصاصا بذلك الدين فأجمعا على ذلك جاز وكان قصاصا وإن لم يجمعا على ذلك لم يكن قصاصا، وهذا استحسان ، والقياس أنه لايجوز وهو قول زفر ، لأن قبض بدل الصرف شرط ، والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة فكان الافتراض حاصلا لا عن قبض فيبطل الصرف.

ثانيا: إن حدث الدين بعد الصرف فإن لم يتقاصا لم تقع المقاصة وإن تقاصا ففى ذلك روايتين أحدهما لاتصح ، والثانية تصح المقاصة وهى أصح الروايتين.

ثالثا: قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى ، أو غصب منه فقد صار قصاصا ولايحتاج إلى التراضى لأنه قد وجد منه القبض(١).

أما الشافعية: فقد منعوا ذلك مطلقا سواء حصلت العشرة قبل الصرف أو بعده(٢).

أما الزيدية: فقد أجازوا ذلك مطلقا أى لو حدث الدين بعد العقد(٣).

(=) والدين هنا مطلق لم يقيد بما على المدين أو غيره، فقد ذهب صاحب العناية على هامش فتح القدير، جـ٥، ص ٣٨١: «إن القياس يقتضى ألا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة بين الدين والعين إلا أنه استحسن ذلك».
ومن خلال هذه النصوص نلاحظ أن وقوع المقاصة باتفاق فى هذه الصورة كما ورد فى الكفاية وعامة الكتب وأيضا ما ورد من وقوع المقاصة للتجاني هو الذى يتفق مع ماقرره الحنفية من أن المقاصة هى الطريق الوحيد لقضاء الديون ، فمشترى الدينار «العين» فى النص السابق لما قبضه، كان قبضه قبض ضمان بالثمن الذى اتفقا عليه وهو العشرة فثبت بالقبض فى ذمته مثلها للبائع فالتقى الدينان قصاصا.

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ٣٧٩ ، ٣٨١.

(٢) جاء فى تكملة المجموع، جـ١٠، ص ١٣٣ ، لو اشترى من صيرفى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار وحصل للمشترى على الصيرفى عشرة دراهم فقال اجعل هذه العشرة بدلا من الثمن لم يجز سواء حصلت العشرة على الصيرفى قبل الصرف أو بعده.

(١) تحفة الفقهاء، جـ٣، ص ٣٧ ، ٣٨ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٣١٦١ ، ٣١٦٢ ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ٢٣٠.

أما بقية المذاهب فلم يتعرضوا لمسألة المقاصة ببدل حسب ما اطلعت عليه من كتبهم.

وفى القانون المدنى المصرى:

نصت المادة ١/٣٦٢: «للمدين حق المقاصة إذا كان موضوع كل منهما أى الدينين نقودا أو مثليات ... الخ وهذا يدل على أن محل المقاصة ديون النقود أو ديون المثليات».

ولما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لانقضاء الالتزام مقام الوفاء وجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد.

وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود ، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى بشرط أن تكون متحدة فى النوع ودرجة الجودة ، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشئ واجب الاداء.

فإذا كان لشخص على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فإنه يستطيع أن يستوفى المائة التى له بالمائة التى عليه.

ولما كان المحلان متماثلان ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه من نفس الشئ الواجب الأداء.

ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن درجة «جودفير» أو قمح هندى من صنف متوسط، أو سيارات من ماركة واحدة وموديل سنة واحدة وهكذا.

وتصح المقاصة كذلك فى الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية أو كانت متماثلة.

ولاتجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر

قطن من نوع الأشمونى ، ولا فى دينين محل أحدهما قمح هندى ومحل الآخر قمح استرالى.

ومن باب أولى لاتجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قمح.

ولا فى دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح.

ولافى دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن ولو كان سعر هذه المثليات محددا فى الأسواق أو فى البورصات.

ولاتجوز المقاصة بداهة فى دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضرورى أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذى التزم به.

فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية.

ولا تجوز المقاصة فى دينين أحدهما بسيط والآخر تخييرى أو بدلى حتى لو كان أحد محلى الاختيار فى الالتزام التخييرى، أو كان المحل الأصلى أو البدلى فى الالتزام البدلى، مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا، حرم فى الالتزام التخييرى صاحب الاختيار من حق اختياره، أو حرم المدين فى الالتزام البدلى من أن يؤدى الأصل أو البدل(١).

---

(١) الوسيط، جـ٣، المجلد الثانى، ص ١٠٤١، بند ٥٣٤، ط ١٩٨٤ م دار النهضة العربية ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٢٥ ، بند ٤١٠، ط ١٩٧٤ م، دار النهضة العربية، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣٦ ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٤ ، بند ٣٧٦ ، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

ومن خلال العرض السابق لمحل المقاصة:

أجد أن الفقه الإسلامي أجاد وقوع المقاصة فى الديون بأنواعها الثلاثة فى الجملة، وكذلك فى المنافع ، وفى الأعيان فى مسائل الظفر بدون رضا المالك وفى غيرها بأذن الطرفين من غير أن يرفع الأمر إلى القاضى ، كما تجوز المقاصة فى حقوق أخرى مثل نفقة الزوجة.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فمحل المقاصة قاصر على ديون النقود والمثليات بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامى قد تعرض بالتفصيل لمسائل كثيرة فى محل المقاصة لم يتعرض لها القانون المدنى المصرى.

المطلب الثانى

طرفا المقاصة

لاتقع المقاصة بدون طرفيها ومن ثم كان طرفا المقاصة من أركانها فلا تقع المقاصة بشخص واحد، كما لايتصور وقوعها بين أكثر من شخصين.

فاذا كان هناك ثلاثة أشخاص وبينهما معاملات ترتب عليها أن يكون كل منهم دائن ومدين لغيره، فانها تنطوى على حوالة حق إلى أحدهم ويبقى اثنان هما اللذان تقع بينهما المقاصة.

ويجوز للشخص الغير طبيعى كالمساجد والوقف وبيت المال، والبنوك، كما هو الحال فى الحساب الجارى بين البنك وعميله، ودور العلم وما إلى ذلك من الكائنات المعنوية التى يطلق عليها رجال القانون المدنى «الأشخاص المعنوية» ويكون كل منها صالحا لتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات أن يكون طرفا فى المقاصة.

ويصلح الشخص الطبيعى أن يكون طرفا للمقاصة منذ ولادته حيا لأنه منذ ذلك الوقت يصلح أن يكون مدينا بالإضافة إلى كونه دائنا.

أما الشخص المعنوى فإنه يصلح أن يكون طرفا فى المقاصة منذ نشوئه واعتباره كائناً معنوياً يدرك بالفكر.

ولم يشترط الفقهاء فى طرفى المقاصة سوى توافر الأهلية اللازمة لترتيب الحقوق له أو عليه حتى يصبح دائنا ومدينا ومن ثم يكون شخصه صالحا لايقاع المقاصة فى الديون المستقرة فى ذمته، ولقد ذَكَرْتُ فى الفصل التمهيدى تعريف الأهلية وبنيت مراحل تدرجها حتى يصل الشخص إلى مرحلة يكون فيها صالحا للإلزام والالتزام[١].

---

(١) انظر ص   من هذا البحث.

وبتتبع مراحل الأهلية المختلفة لمعرفة كيفية وقوع المقاصة فى ديون أصحاب كل مرحلة يتضح لى ما يلى:

١- الجنين:

لايصح أن يكون الجنين طرفا فى المقاصة لأن طبيعة المقاصة تقتضى أن يكون كل من طرفيها دائنا ومدينا ، والجنين لايكون مدينا لأن الدين يحتاج إلى أقوال وتصرفات، وهو يفتقد هذه الأمور.

فالمقاصة فى حالة الجنين تفقد أحد أركانها وهو كون طرفيها مدينا فيمتنع وقوعها فى هذه الحالة وهذا المنع مطلق فى جميع صور المقاصة.

٢- الصبي الغير مميز والمجنون، مرحلة ما قبل سن التمييز:

فهؤلاء لهم ذمة مالية كاملة ويكون لهم بالتالى أهلية أداء كاملة فيصح أن يكون كل منهما مدينا بتصرفات يقوم بها من يلى أمرهم أو الوصى عليهم أو القيم ، وبالتالى يصح أن يكون كل منهما طرفا فى المقاصة وتقع المقاصة الجبرية إذا توافرت شروطها من غير توقف على رضا من يلى أمرهم.

أما بالنسبة للمقاصة الاتفاقية فان عبارتهم غير صالحة للاتفاق عليها والذى يقوم نيابة عنهم فى الاتفاق عليها هو وليهم.

٣- مرحلة ما بعد سن التمييز وقبل سن البلوغ والرشد:

إذا كان العقد الذى أبرمه الصبى يعود عليه بالنفع المحض صح أن تقع منه المقاصة الاتفاقية.

أما العقود الضارة به ضررا محضا فانها لاتصح منه ومن ثم لاتقع المقاصة لا من الصبى ولا من الولى، لأنه لايملك انشاء هذه التصرفات ابتداء حماية لحقوق الصغير.

أما العقود الدائرة بين النفع والضرر فأنها لاتصح إلا إذا أجازها الولى،

ومن ثم فـإن الصـبى المميـز إذا اتفق على المقـاصـة الاتفـاقـيـة فـان هذا الاتفـاق يتوقف على إجازة وليه.

أما المقاصة الجبرية فإنها تقع جبرا ولاتحتاج إلى رضا أى من طرفيها إذا توافرت شروطها.

٤- مرحلة ما بعد سن البلوغ والرشد:

أى مـرحلة من يتـصف بأهليـة الأداء الكاملة وهى صـلاحـيـة الشـخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا وعدم توقفها على رأى غيره.

وهى ثابتـة للشـخص البـالغ العـاقل الرشـيد الذى لم يحجـر عليـه ، فـإنه يكون صـالحـا من غيـر توقف على إجـازة من أحـد لأن يكون طرفـا فى المقـاصـة الجبرية والاتفاقية لصلاحية عبارته لذلك.

وتجـدر الاشـارة إلى أن اشـتـراط الأهليـة فى طرفى المقـاصـة يخـتلف من صورة لأخرى، إذ قد تتحقق شروط المقاصة بدون أهلية الأداء وذلك فى المقاصة الجبرية التى تقع جبرا على الطرفين وبحكم الشرع أو القانون.

كما قد يشترط فى المقاصة أهلية أداء لأحد طرفيها فقط دون الآخر وذلك فى المقاصـة الطلبية، أما المقاصـة الاتفـاقية فان من شـروطهـا أهليـة الأداء لكل من طرفيـها . لذلك يصح أن يكون الشخص طرفا فى المقاصة الجبرية منذ ولادته لحين مـوته كما يصح أن يكون طرفا فى المقاصـة الاخـتيارية إذا كان أهلا لصدور مثل هذا الاتفاق منه أو اجازة من له ذلك.

وفى القانون المدنى المصرى:

تعتبر المقاصة وفاء لأنها وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام، ويجب لصحة الوفـاء أن يكون الموفى أهلا للتـصرف فى الشئ الموفى به، فـلا يكفى أن يكون الموفى مالكا للشئ الموفى به بل يجب أن يكون مالكا وأهلا للتصرف.

وأهليـة التـصرف تقـتـضى بلوغ سن الرشـد وألا يكون الموفى مـحـجـورا عليه.

فاذا كان الموفى مالكا للشئ الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه بأن كان مثلا قاصرا أو محجورا عليه ، فإن الوفاء يكون هنا قابلا للابطال بسبب نقض الأهلية[١].

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٧٦٥، بند ٣٦٧ ، ط ١٩٨٤ م، دار النهضة العربية.

المطلب الثالث

شروط المقاصة العامة

وينقسم إلى فرعين:

الفــرع الأول: شروط المقاصة العامة فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: شروط المقاصة العامة فى القانون المدنى المصرى.

الفرع الأول

شـــروط المقاصـــة
فى الفقه الإسلامى

يشترط فى المقاصة أن يكون كل من طرفيها دائنا بشخصه وبصفته الاصلية للآخر فيتقابل الدينان وبناء على هذا تكون الشروط العامة للمقاصة هى:

١- أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا.
٢- أن يكون كل منهما دائنا ومدينا فى نفس الوقت.
٣- أن يكون كل منهما دائنا ومدينا بصفته الأصلية.

واشير إلى هذه الشروط فيما يلى:

الشرط الأول: أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا:

يشترط لوقوع المقاصة صحيحة ونافذة توافر صفة الدائن والمدين فى كل من طرفيها.

والدائن هو الشخص الذى يترتب له حق فى ذمة الآخر ايا كان هذا الحق أى سواء كان هذا الحق قليلا أو كثيرا وسواء كان مستحق الأداء فى الحال أو كان مؤجلا.

ولافرق بين أن يكون الدائن ذكرا أو أنثى واحد أو أكثر سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا.

وسواء كان شخصا حقيقيا أم حكميا مثل الجنين فى الحقوق التى اثبتها الفقهاء لهم كما اذا اوصى أو وهب أو وقف عليه[١].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى، جـ٦، ص ١٨٤ ، ١٨٥ ، البدائع، جـ٥، ص ٦٦ ، الفتاوى الهندية، جـ٢، ص ٣٤١.

والمدين هو كل شخص شغلت ذمته بالدين بأى سبب من الأسباب الموجبة لثبوته عليه ايا كان هذا المدين.

أى سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا ذكرا كان أم أنثى ، بالغا أم قاصرا غنيا مليئا أم فقيرا معدما معسرا.

وسواء كان سبب نشوء الالتزام فى ذمته سببا شرعيا مثل العقود أم غير شرعى مثل اتلاف مال الغير بدون وجه حق مما يترتب عليه ضمان قيمته فى ذمته وسواء أكان الدين حالا أم مؤجلا منجما أو غير منجم لازما أو غير لازم، دين صحة أم دين مرض.

وذلك لتحقيق وصف المديونية وانشغال ذمته بالدين.

مثال ذلك:

إذا استقرض محمد من على مبلغا من النقود قدره ألف جنيه. وأصبح محمد مدينا لعلى بهذا المبلغ وبهذا يكتسب احد الطرفين صفة الدائن وهو «على» والآخر صفة المدين «محمد».

ويحدث مثلا بعد ذلك أن يبيع محمد لعلى سلعة تقدر بألف جنيه. فان محمد الذى كان مدينا يصبح دائنا لعلى بثمن السلعة وقدرها ألف جنيه ويكون محمد قد توافرت فيه صفة الدائن والمدين معا.

وكذلك يكون على قد توافرت فيه صفة الدائن والمدين معا فهو دائن بمبلغ القرض ومدين بثمن السلعة.

وهنا تقع المقاصة بين طرفى التعامل وهما محمد وعلى بين دينهما وهما دين القرض وثمن السلعة.

ومن هذا المثال نرى أن صفة كون كل منهما دائنا ومدينا أمر هام وضرورى فاذا لم يتوافر هذا الشرط فلا يتصور وقوع المقاصة والشخص يكون

دائنا ومدينا فى حالات كثيرة ومتعددة . فنجد مثلا أن العقد التبادلى يترتب عليه حق والتزام لكل من طرفيه ، فالمشترى فى عقد البيع دائن بالمبيع ومدين بالثمن والبائع دائن بالثمن ومدين بالشئ المبيع وكذلك فى عقد الإيجار(١).

وقد بين بعض الفقهاء الحالات التى يتصور فيها الدين ، وهى كثيرة ومتعددة قد تصل إلى ثلثمائة صورة لكل منها حكمها الخاص بها عندهم.

وأن اختلاف هذه الديون يكون بسبب اختلاف الأوضاع التى يكون عليها المدين أو لاختلاف صور الدين.

أما الاحوال التى يتصور أن يكون فيها الشخص مدينا فهى نتيجة تعامله مع الاخرين أو بسبب شرعى(٢).

ويشترط أن تكون حقوق طرفى المقاصة حقوقا متعلقة بالذمة سواء بالنسبة للدائن أو المدين وذلك لأن محل المقاصة الديون لأنها تساقط دينين متقابلين ومعنى ذلك أنه لاتصح المقاصة إذا كان حق الدائن متعلقا بعين لأن الاسقاط لايرد عليه.

وإذا فقد طرفا المقاصة أو أحدهما أحد الاعتبارين «دائن ومدين» فمثلا إذا وفى احدهما ما عليه للآخر ففقد صفته كدائن وذاك صفته كمدين فأن المقاصة لاتقع ولا يعتبران طرفين لها.

وكذلك لاتقع المقاصة إذا كان الدين فى الذمة ثم تعلق بعين معينة.

الشرط الثاني: أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا فى نفس الوقت:

وهذا الشرط خلاف السابق لأن الشخص قد تتوافر فيه صفة الدائن

(١) المعاملات الشرعية، لأحمد أبو الفتوح، جـ١، ص ١٣٦.

(٢) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب، جـ٥، ص ١٦٨.

والمدين معا ومع ذلك لاتقع المقاصة بينهما.

مثال ذلك:

اقترض زيد من محمد مبلغا وقدره ألف جنيه.

هنا يصبح زيد مدينا بهذا المبلغ لمحمد ويصبح محمد دائنا ولكن زيدا المدين قد يكون دائنا لشخص ثالث وليكن محمود بقدر المبلغ الذى عليه لمحمد فقد توافرت فى زيد صفة الدائن والمدين معا ولكن التقابل لايتحقق.

ومن ثم فليس لمحمد أن يقاص محمودا بما عليه لمدينه زيد.

وذلك لعدم تقابل أيا من الدينين وأن كلا منهما لم يكن دائنا ومدينا للاخر لوجود ذمة ثالثة تمنع التقابل فتمنع المقاصة.

فإذا أحال زيد المستقرض مبلغ الألف جنيه التى عليه لمحمد على محمود مدينه بهذا المبلغ وهو ألف جنيه. فهل تقع المقاصة بين دين محمد المحال ومحمود المحال عليه لبيان ذلك أشير إلى آراء الفقهاء فى قوة انتقال الدين بالحوالة بمعنى هل تبرأ ذمة المحيل براءة مطلقة، بحيث لايجوز للمحال أن يرجع عليه بعد الحوالة.

أم أن الحوالة نقل مؤقت للدين لا يترتب عليها براءة ذمة المحيل براءة مطلقة ويكون من حق المحال الرجوع على المحيل.

فاذا قلنا إن ذمة المحيل تبرأ براءة مطلقة وقت المقاصة بين دينى المحال والمحال عليه وهما محمد ومحمود وذلك لأن كلا منهما أصبح دائنا ومدينا فى نفس الوقت.

أما إذا قلنا بأن ذمة المحيل لاتبرأ بل يبرأ من المطالبة فقط فإننا لانستطيع القول بالمقاصة لعدم توافر صفتى الدائن والمدين فى طرفى التعامل المراد وقوع المقاصة بين دينهما.

وسيأتى بحث هذه المسألة فى فصل «تجديد الالتزام» ويمكن تلخيص آراء الفقهاء فى هذه المسألة كما يلى:

الرأى الأول:

وهو مذهب الأحناف وهم يرون أن ذمة المحيل لاتبرأ بل تبقى مشغولة وإن كان هناك اختلاف فى مدى شغل هذه الذمة ببراءة الذمة من الدين والمطالبة مؤقتا كما ذهب إلى ذلك أبو يوسف، أو البراءة من المطالبة فقط كما ذهب محمد أو تبقى ذمته مشغولة مطلقا كما قال زفر[١].

الرأى الثانى:

وهو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية[٢]، ويرون براءة ذمة المحيل براءة مطلقة.

فالحوالة تفيد نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه نقلا مؤبداً وبذلك لايستطيع المحال أن يرجع على المحيل بعد قيام الحوالة.

فالحوالة عند الجمهور تنقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وينتقل مع الدين المطالبة به بالتبعية.

الرأى الثالث:

ذهب أبو حنيفة وشريح والحسن وابراهيم النخعى والشعبى إلى أن الحوالة تفيد براءة المحيل براءة مقيدة بعدم التوى[٣] المال على المحتال كأن يكون المحال

(١) الاختيار لتعليل المختار، جـ٣، ص ٤ ، رد المختار، جـ٤، ص ٢٤٩ ، فتح القدير لابن الهمام، جـ٥، ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، البدائع، جـ٦، ص ١٨.

(٢) الأم، جـ٣، ص ٢٠٣ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٩٥ ، فتح العزيز، جـ١٠، ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير على هامش الدسوقى، جـ٣، ص ٢٥٥ ، اعلام الموقعين، جـ٤، ص ٣٢ ، والمغنى والشرح الكبير، جـ٥، ص ٥٤ ، ٦٩ ، المحلى، جـ٨، ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، وكشاف القناع، جـ٣، ص ٣١٨ ، شرح اللمعة الدمشقية، جـ١، ص ٣٦٦.

(٣) التوى - الهلاك، المعجم الوسيط، جـ١، ص ٩١.

عليه مفلسا أو يجحد المال ولا بينة عليه[١].

والراجح عندى هو الرأى الثانى لأنه يؤدى إلى إستقرار المعاملات ونشر الطمأنينة بين الناس وهو ما أخذ به القانون المدنى المصرى[٢].

الذى يقضى بأن الدين ينتقل بالحوالة بكل توابعة ودفوعه وأوصافه وصفاته.

ويترتب على ذلك أن الحوالة تبرئ ذمة المدين الأصلى من الدين دون التوقف على شئ آخر كالإبراء أو النص عليه.

وبذلك تتفق نصوص القانون مع قول الجمهوروهو عدم صحة المقاصة بعد التحويل بين دين نشأ على الدائن ودين الحوالة لعدم تحقق التقابل بين الدينين، أما إذا رضى المدين قبول الحوالة وإن أعلن بها فإن التقابل يتحقق ويحق لمن له مصلحة أن يتمسك بالمقاصة.

بهذا يتفق القانون المدنى المصرى مع ماذهب إليه جمهور الفقهاء فى الفقه الإسلامى وهو كون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا للآخر لايكفى لوقوع المقاصة، بل يشترط أيضا اجتماع هذين الاعتبارين فى نفس الوقت.

أما إذا فقد طرفا المقاصة أو أحدهما أحد هذين الاعتبارين فى مواجهة الآخر فإن المقاصة تمتنع وإن كان لكل منهما صفتا الدائن والمدين ويبقى لطرفى المقاصة الحق فيها ما دام الدائن مدينا للآخر فى نفس الوقت[٣].

الشرط الثالث: أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا بصفته الأصلية:

إن صفة الدائن والمدين قد تكون أصلية لكل من طرفى المقاصة وقد تكون

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٥ ، البدائع، جـ٦، ص ١٨ ، رد المختار، جـ٤، ص ١٤٩.

(٢) م ٣١٨ م م ، الوسيط، جـ٣، ص ٨٤ وما بعدها ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص٤٢٦ ، ٤٢٨.

(٣) أحكام الالتزام، للدكتور/ سليمان مرقص، ص ٤٢٦ ، ٤٢٨ ، د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢٢١ ، ٢٢٢.

تبعية كأن تكون هناك ولاية شرعية مثل الأب أو عقدية مثل الوكالة، فإن من له الولاية الشرعية يتصرف مع الغير فى أموال الصبى ولكن بطريق التبعية ويكون للغير المتعامل معه صفة أصلية.

والمتصرف بطريق التبعية هو الذى يبرم التصرفات فى مواجهة الغير.

وقد تقدم أنه يصح أن يكون المولى عليه أو الموكل طرفا فى المقاصة وإن كان يباشر عنه الولى أو الوكيل فى مال المولى عليه لنفسه لا للغير.

فهل يصح هذا التصرف؟ وإذا صح فهل يصح وقوع المقاصة بين دينى الولى والمولى عليه؟

وأبحث هذا فيما يأتى:

أولا: المقاصة بديون الأولياء.
ثانيا: المقاصة بديون الوكلاء.

اولا: المقاصة بديون الأولياء:

سبق فى الفصل التمهيدى أن تحدثنا عن الولاية من حيث التعريف والتقسيم ومصدرها وعلى من تثبت ولمن وشروط الولى وغير ذلك.

ويهمنا هنا أن نشير إلى حدود تصرفات الأولياء:

فمن القواعد الثابتة أن الولى مقيد فى تصرفه بما يعود على المولى عليه بالنفع والمصلحة لأن الغرض من الولاية هو العمل على تنمية مال القاصر. والمحافظة عليه فإذا لم يتحقق هذا الهدف لم يصح التصرف.

وتفريعا على هذه القاعدة قرر الفقهاء ما يلى:

أولا: بالنسبة لتصرفات الولى فى مال الصبى للغير فلها حدود تتلخص فيما يلى:

١- عدم صحة التصرفات الضارة به ضررا محضا بالمولى عليه كالهبة، فليس للولى أن يهب مال الصغير منعا لهذا الإضرار بغير عوض لأن فيه إزالة ملكه . وكذلك لايجوز للولى الصدقة والبيع والشراء بغبن فاحش ، فإن باشر الولى تصرفا من هذه التصرفات تكون باطلة.

وذلك لقوله - ﷺ- لاضرر ولاضرار فى الإسلام ولا شك أن هذه التصرفات فيها ضرر للصغير[1].

٢- صحة التصرفات النافعة نفعا محضا للمولى عليه كقبوله الهبة والوصية والصدقة لأن ذلك نفع محض فيملكه الولى وقال عليه السلام خير الناس من ينفع الناس[2].

٣- صحة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة والقسمة والشركات إذا لم يترتب على هذه التصرفات ضرر ظاهر ، فان ترتب عليها ضرر ظاهر كانت باطلة.

فللولى أن يبيع مال الصبى بأكثر من القيمة ويشترى له شيئا بأقل من قيمته لما فيه من نفع للصغير فانها وإن كان فيها ضرر للمولى عليه باخراج بعض أمواله من ملكه لكن فيها نفعا من جهة أخرى وهو دخول مقابل ما خرج من ملكه بأكثر من القيمة فى البيع وبأقل من القيمة فى الشراء.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٥٣، الطبعة الأولى ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ٦٧٤ ، جامع الفصولين، جـ٢، ص ١٢١ ، كشاف القناع، جـ١، ص ١٢٦ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص٣٢١، الشرح الكبير، جـ٣، ص ٣٣٩ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٤٦٩.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٥٣.

فهذه التصرفات تنفذ إذا باشرها الولى وتكون لازمة إذا كان حكمها اللزوم.

ومن هذه التصرفات المقاصة:

فانها وإن كان فيها ضرر على المولى عليه باخراج ماله لدى الغير من ملكه لكن فيها نفعا من جهة أخرى وهو براءة ذمة المولى عليه.

وتكون المقاصة جائزة فى مال الصغير فى هذه الحالة.

لتساوى النفع مع الضرر وتلزم المولى عليه، والمقاصة هنا وقعت لتحقق التقابل بين الدينين وكل من الطرفين دائن ومدين أصلا.

ثانيا: بالنسبة لتصرفات الأب أو الجد في مال الصغير:

يجوز للأب أو الجد أن يشترى مال الصغير لنفسه وليس فى هذا ضرر على الصغير لأن الشفقة متوافرة فى الأب.

فلا يتصرف تصرفا فيه ضرر للصغير لأن هذه الشفقة مفترضة فيه.

ويجوز للأب أن يبيع ماله للصغير ، فيتصور أن يكون الولى دائنا بالثمن بالأصالة عن نفسه فى حالة بيعه مال الصغير لنفسه ومدينا بالمبيع نسابة عن الصغير(١).

ويتصور كذلك أن يكون الوصى مدينا بالمبيع نيابة عن الصغير ودائنا بالثمن بالأصالة عن نفسه.

فالولى قد اجتمعت فيه صفتان:

الأولى: دائن ومدين بالأصالة عن نفسه وهو البائع.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٥٤، ط ١ ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٤٩٦ ، جامع الفصولين، جـ٢، ص ١٢ وما بعدها.

الثانية: دائن ومدين نيابة عن الغير وهو الصغير «المشترى».

فالصغير اجتمعت فيه صفة الدائن والمدين ولكن أخذ الولى هذه الصفة نيابة عنه والولى قد اجتمعت فيه صفة الدائن والمدين بالأصالة عن نفسه فهل تقع المقاصة بين دينيهما.

هنا قد اجتمعت فى الولى صفة مزدوجة دائن ومدين بالأصالة عن نفسه ودائن ومدين نيابة عن الصغير.

ولامانع من القول بصحة وقوع المقاصة بين دين الولى ودين المولى عليه بناء على:

١- توافر شروط كون كل منهما دائنا ومدينا للآخر.

٢- إنه وإن كانت صفة الولى هنا مزدوجة بالأصالة عن نفسه والولاية على الغير فى هذا التصرف. إلا أن المفروض هنا هو توافر الشفقة فى الولى فهو لايتصرف تصرفا يؤدى إلى الاضرار به وإلا أقصاه القاضى وعين مكانه وليا آخر اصلح(١).

٣- الأصل الذى ذهب إليه الأحناف من أن المقاصة هى الطريق الوحيد لقضاء الديون(٢).

ثانيا: المقاصة بديون الوكلاء:

سبق أن تحدثنا فى الفصل التمهيدى عن الوكالة من حيث تعريفها ودليل مشروعيتها وحكم الوكالة وحقوق العقد.

وسبق أن عرفنا أن هناك خلافاً بين الفقهاء حول على من تعود حقوق

---

(١) ذهب الشافعى إلى أن الأب ينعزل عن ولاية ابنه بفسقه ويؤخذ المال منه على أوجه القولين، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٣٦٣.

(٢) الفتاوى الأنقورية، جـ١، ص ٣١٢.

العقد فذهب الاحناف والشافعية فى قول إلى أنها ترجع فى هذه الأنواع إلى الوكيل دون الموكل وذهب الحنابلة والشافعية فى قول إلى أن حقوق العقد ترجع فى هذا النوع إلى الموكل نفسه.

وبعد هذا أقول:

١- بالنسبة لحكم العقد وهو الثمن فى عقد البيع الثابت للموكل إذا وكل غيره فى بيع عقار يملكه فان حكم العقد وهو ملكية الثمن ثابتة للموكل فاذا كان مدينا للمشترى يقع التقاص بين دينهما بالاتفاق[١].

ولكن الوكيل هو الذى له حق مطالبة المشترى بالثمن، وليس ذلك للموكل إلا باذن الوكيل وأمره، كما لايجبر المشترى على تسليمه للموكل إلا أنه إذا سلمه له برئ استحسانا.

وكذلك الوكيل هو المطلوب بتسليم المبيع للمشترى ، وللمشترى مطالبة الوكيل لا الموكل عند استحقاقه للمبيع.

فالوكيل بالشراء هو الذى يطالب المشترى بالثمن وهو الذى يقبض المبيع الذى يرجع بالثمن على البائع إن استحق المبيع وهكذا فى العقود المشابهة للبيع والشراء كالإجارة.

ويرى الحنابلة أن الملك ينتقل مباشرة إلى الموكل دون الوكيل[٢].

٢- إذا أبرأ الوكيل بالبيع المشترى من الثمن أو وهبة له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل لأن الإبراء اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه وهذا ماذهب إليه الإمام أبو حنيفة ومحمد بناء على أن الوكيل تصرف فى خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقدا لنفسه.

---

(١) المبسوط للسرخسى، جـ١٢، ص ٢٠٧.

(٢) الهداية، جـ٣، ص ١١١ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ٢٣٨ ، المغنى، جـ٥، ص ١٣٠.

أما أبو يوسف فيرى أنه لايصح هذا الإبراء من الوكيل أو أى شئ من ذلك، ويشترط لصحة الإبراء من الوكيل أن يكون قبل القبض أما بعده فلا يملكه الموكل.

وبناء على ذلك لو كان للمشترى على الموكل دين يصير قصاصا بدينه[١].

وإجراء المقاصة بديون الوكلاء يكون على الوجه التالى:

أ- إذا كان الدين الذى على المشترى وهو الثمن للمشترى مثله فى ذمة الوكيل يصير قصاصا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن للموكل مثله.

ب- أما إذا كان دين المشترى على الموكل ، فانه يتحقق التقابل ويصير قصاصا بالاتفاق باعتبار المال هو حق للموكل ولهذا لو سلم إليه المشترى جاز قبضه فيصير قصاصا بدينه.

جـ- إذا كان الدين للمشترى على كل من الوكيل والموكل معا صار قصاصا بدين الموكل فقط لا الوكيل لأنه لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاحتاج إلى ضمانه للموكل لكن لو جعلناه قصاصا بدين الموكل فاننا لانحتاج إلى ضمان فرجحنا هذا الجانب الذى ليس فيه ضمان وهو جانب المقاصة بدين الموكل لا الوكيل[٢].

فكلما جاء الإبراء والمطالبة تحقق التقابل فمدار التقابل على ملك الإبراء والمطالبة . ويستوى هذا فى الوكالة فى البيع كما مر.

والشراء فإذا وكل شخص آخر فى شراء شئ معين ووقوع المقاصة بين دين

---

(١) المبسوط للسرخسى، جـ١٢، ص ٢٠٦ ، العناية، جـ٣، ص ٣٤٩ ، البدائع، جـ٦، ص ٣٣ ، الفتاوى الخانية، جـ٣، ص ١٩.

(٢) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢٣٣ ، ٢٣٤.

الثمن الثابت فى ذمة الوكيل ودين البائع إذا كان هناك تقابل وتماثل بين دين الوكيل بالشراء وبين دين البائع طالما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وهذا جائز عند الفقهاء[١].

مقاصة الوكيل بالاجارة:

أساس المقاصة بديون الوكلاء فى البيع أو الشراء هو «جواز الإبراء» فاذا صح إبراء الوكيل للذى يتعامل معه الموكل فى العقود التى يجوز للوكيل أن يضيفها إلى نفسه. وعليه فإن الوكيل فى عقد الإجاره يجوز له أن يبرئ المستأجر أو يهب له الأجرة إذا كانت دينا وبعضها أو كلها. على رأى أبى حنيفة ومحمد ومن بعضها فقط على رأى الإمام أبو يوسف[٢].

وإذا كان يجوز للوكيل أن يبرئ المستأجر على هذا النحو جاز له أن يوقع المقاصة بين دين المستأجر ودينه ويكون ضامنا للموكل بالأجرة أو يوقع دين المستأجر والموكل إذا تقابلا وأصبح المستأجر والموكل كل منهما دائنا ومدينا للآخر، فإذا وكل شخصا آخر فى إجارة أرضه أو بستانه أو داره أو غير ذلك مما يصح تأجيره فأجره لغريمه الذى يداينه وكانت الأجرة حالة ودينا وتوافرت سائر الشروط المطلوبة لوقوع المقاصة وقعت المقاصة بين دينهما المستأجر والموكل أو الوكيل فمن الأجرة للموكل.

وكما مر فكلما جاز الإبراء والمطالبة تحقق التقابل ويستوى هذا فى الوكالة فى البيع والشراء والإجارة وما شابه ذلك من العقود المالية المختلفة[٣].

فكل عقد يستغنى الوكيل عن إضافته إلى الموكل ويمكنه أن يضيفه لنفسه ويصح إبراؤه منه يحقق التقابل.

---

(١) الفتاوى الخانية، جـ٣، ص ١٩.

(٢) فتاوى قاضى خان، جـ٣، ص ١٨، بمكتبة كلية الشريعة، تحت رقم ١٠٣ / ٢٣٦.

(٣) الخانية، جـ٣، ص ٢١ ، الهداية، جـ٢، ص ١١١ ، الخانية، جـ٣، ص ٢١.

وكل عقد لايحق للموكل فيه الإبراء من الدين لايحقق التقابل فيه بين هذا الدين وآخر عليه.

فالمقاصة فى ديون الوكلاء فى العقود التى يجوز لهم أن يضيفوها إلى أنفسهم قائمة على جواز الإبراء.

أما العقود والتصرفات التى لايصح للوكيل أن يضيفها إلى نفسه مثل النكاح والطلاق والخلع فهذه العقود والتصرفات لايثبت فيها ملك للوكيل على الاطلاق وإنما هو مجرد معبر وسفير للموكل ليس إلا.

ويترتب على هذا أن العقد إذا كان من عقود المعاوضات مثل النكاح فإن الوكيل لايملك المصالبة بالمهر ولاحق له فى الإبراء منه أو من بعضه فلا يكون هناك مقاصة، كما أنه لايطالب به إن كان واجبا على موكله فليس هناك أى وجه لوقوع المقاصة به.

وبالإضافة إلى ما مر من العقود التى لايثبت فيها ملك الوكيل للعتق على مال والكتابة والصلح عن عمد والصلح عن الانكار والهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن.

حكم عقد الوكيل بالقبض:

الوكيل بالقبض لايملك الإبراء من الدين ومن ثم فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التقابل لذلك لايتحقق وبالتالى تمتنع المقاصة عندهم بين ديون الوكيل بالقبض والدين الواجب على المقبوض منه للوكيل(١).

وخالف فى ذلك ابن القيم فى إعلام الموقعين، فذهب إلى أن الوكيل بالقبض يجوز له أن يوقع المقاصة بين دينه ودين الشخص الذى وكل فى القبض منه(٢).

---

(١) التفاوى الخانية، جـ٣، ص ٢٠.

(٢) اعلام الموقعين، جـ٣، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧.

وإلى هذا الرأى القائل بالجواز ذهب ابن حزم الظاهرى فقال: «إذا قبض الوكيل الحق فلأنه مأمور بأن يقبض لنفسه إذا صار بيده فإن فعل فقد استوفى حقه وإن لم يفعل فقد اعتدى إذ ضيع مال موكله فلزمه ضمانه بالتضييع فصار مثله عليه فى ذمته[١].

والراجح فى نظرى:

هو ماذهب إليه ابن القيم وابن حزم لأن طبيعة المقاصة الوفاء وإبراء الذمم والتوسع فى الوفاء من مقاصد الشريعة الإسلامية ما دام لا يخالف أحكامها ولا يضر بالغير، ولأن ضمان الوكيل يلزمه بأداء ماعليه للموكل.

وبناء على ما مضى يتضح لى أن الأصل فى المقاصة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون كل من طرفيها دائنا ومدينا بصفته الأصلية.

لكن هذا لايمنع وقوع المقاصة بين دائنين يحمل أحدهما هذه الصفة الاصلية والآخر حق المطالبة والإبراء منه مالم يكن هو الدائن الحقيقى وذلك لأن صحة التقاص قائمة على أساس جواز الإبراء.

وإن الإبراء هو اسقاط حق القبض ، فمن كان القبض خالص حقه فأنه يعتبر كالدائن الأصيل ، لأن المدين إذا وفى له الدين فإن وفاءه يعتبر صحيحا وبذلك يتحقق التقابل بين دين حقيقى والآخر حكمى[٢].

---

(١) المحلى لابن حزم، جـ٨، ص ١٢٨.

(٢) د. ليلى عبد العزيز، ص ٢٣٥ ، الفتاوى الخناية، جـ٣، ص ١١١ وما بعدها.

الفرع الثانى

شـــروط المقاصـــة
فى القانون المدنى المصرى

يشترط التقنين المدنى المصرى لوقوع المقاصة:

أن يوجد دينان متقابلان بين شخصين مع اتحاد الصفة القانونية فى كل منهما، فيكون الدائن بأحد الالتزامين مدينا بالالتزام الآخر شخصيا وبصفة أصلية.

ويكون الدائن بهذا الالتزام الآخر مدينا بذلك الالتزام الأول شخصيا وبصفة أصلية ايضا.

أى أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا بشخصه للآخر وفى ذات الوقت مدينا بشخصه فيتقابل الدينان ويسقطان بالمقاصة.

تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ م م على: «للمدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن»(١).

وبناء على هذا النص فان القانون المدنى المصرى، يشترط لصحة التقابل وبالتالى وقوع المقاصة ما يأتى:

أولا: أن يكون كل من طرفي المقاصة دائنا ومدينا:

وفى هذا الشرط لانجد خلافا بين فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون المدنى، وسبق أن شرحت هذا الشرط قبل قليل.

ثانيا: أن يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر:

وبهذا قضت محكمة الاستئناف المختلطة، وأن الدفع بالمقاصة معناه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٦٧ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨٨٥ وما بعدها.

الحتمى وجود حقوق متقابلة بين مدينين دائنين، فاذا لم يكن هناك أى ارتباط قانونى بين الطرفين فالمقاصة معدومة[١].

فلايجوز لعلى المدين أن يحتج بالمقاصة إلا عما يكون مستحقا له فى ذمة دائنه أحمد لاعما يكون فى ذمة دائنه للغير حتى ولو كان هذا الغير مدينا لمحمد.

وبهذا ايضا يتفق رأى رجال القانون مع رأى رجال الفقه الإسلامى كما بينا سابقا فى شروط المقاصة فى الفقه الإسلامى.

ثالثا: أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا للآخر وفى نفس وقت وقوع المقاصة:

أما إذا اجتمع هذان الاعتباران قبل وقوعها وعند وقوعها كأن يكون أحد الدينين قد انقضى بالحوالة أو باحدى وسائل الوفاء.

فأن المقاصة حينئذ تمتنع لانتفاء شرط تقابل الدينين، وبهذا أيضا يتفق رجال القانون ورجال الفقه الاسلامى.

رابعا: ويشترط كذلك لكى تقع المقاصة فى القانون المدنى:

أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا بشخصه للآخر ومدينا له فى شخصه وبصفة أصلية لكى يتحقق التقابل.

أما إذا كان أحدهما دائنا فى شخصه ومدينا بصفة أخرى فأن المقاصة تمتنع لعدم تحقق التقابل.

ولهذا فهى لاتقع بين دين للولى أو الوصى أو القيم فى ذمة شخص وكان لهذا الشخص فى ذمة الصغير أو المحجور عليه دين لأن الولى أو الوصى أو القيم ليس هو الصغير.

(١) الجدول العشرى الثانى للمحاماة، رقم ٣٠٧٢.

ولا بين دين للشركة على أحد الأشخاص، ودين لهذا الشخص على مدير الشركة لأن مدير الشركة ليس هو الشركة[١].

فلا يكون الدينان مقابلين ولاتجوز المقاصة.

ويترتب على ذلك أن لايجوز للمدين أن يطلب المقاصة بما هو مطلوب لكفيله. إلا أن للكفيل الحق فى التمسك بالمقاصة التى توافرت شروطها بين الطرفين لأن التزام الكفيل التزام تابع لمديونية المدين وينقضى بانقضاء الدين الأصلى.

ولقد قضت محكمة النقض أن المقاصة القانونية يشترط فيها:

أن يكون الدينان متقابلين بمعنى أن يكون كل من المتعاملين دائنا أصيلا ومدينا أصيلا للآخر.

وإذن فلا تجوز المقاصة فى دين على الوصى شخصيا لدائن القاصر المشمول بوصايته، ولا فى دين على القاصر الدائن الوصى عليه، ولا فى دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ولافيما لدائن تركة قبل أحد الورثة.

ولافيما لاحد الورثة قبل احد دائنى التركة[٢].

---

(١) النظرية العامة للتزام، د. عبد الحى حجازى، جـ٢، ص ١١٢ ، ١١٣ ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص ٤٩٠ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٤ وما بعدها ، القانون المدنى معلقا على نصوصه فى الاعمال التحضيرية، د. احمد محمد ابراهيم، ص ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، الوسيط، د. السنهورى، جـ٣، ص ٨٨٨ ، ٨٩٠.

(٢) نقض مدنى ١٢ اكتوبر سنة ١٩٣٦ م ، المحاماة لسنة ١٧، ص ٣٩٩ ، رقم ٩٢ ، الجدول العشرى الثانى للمحاماة ٣٠٧٩ ، مجموعة عمر رقم ٣٧٩ ، ص ١٦٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد الحى حجازى، جـ٣، ص ١١١، ص ١٩٥٤ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨٨٨ ، ٨٨٩ ، احكام الالتزام، د. سليمان مرقص، جـ٢، ص ٤٩٠ ، وم ٢٣١ مرشد الحيران.

الموازنة بين شروط المقاصة
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

بمقارنة ما اشترطه القانون المدنى لوقوع المقاصة بما ورد عن فقهاء المسلمين من شروط لوقوع المقاصة.

نجد أنهما يشترطان فى أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا للآخر فى نفس الوقت.

إلا أن الفقه الإسلامى ورد بمفهوم أوسع لهذا الشرط من القانون المدنى المصرى.

إذ أنه كما يراعى التقابل الحقيقى يراعى التقابل الحكمى كما بينت.

أما القانون المدنى فقد اشترط التلاقى الحقيقى دون غيره مما أدى إلى تضييق دائرة المقاصة.

وإهدار التلاقى الاعتبارى يؤدى فى كثير من الحالات إلى وقوع النزاع والعبث الذى كانت المقاصة وسيلة مهمة لاجتنابه ويعرقل السرعة والاطمئنان فى التعامل وخاصة ما يمس الحركة التجارية منه.

ولاشك أن التوسع فى تطبيق المقاصة له فوائد اقتصادية كبيرة وخاصة فى وقتنا الحاضر.

كما أن ضمان من كان دينه حكمى لحق الدائن الحقيقى كالصغير والموصى عليه والموكل قول فيه حماية لاموالهم[١].

---

(١) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

المبحث الثالث

صور المقاصة وكيفية وقوعها وموانعها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور المقاصة.

الفرع الأول: صور المقاصة فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: صور المقاصة فى القانون المدنى المصرى.

المطلب الثانى: كيفية وقع المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث: موانع المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الأول: موانع المقاصة فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: موانع المقاصة فى القانون المدنى.

المطلب الأول

صـــور المقاصـــة

للمقاصة صور متعددة ، فهناك المقاصة الجبرية والطلبية والاتفاقية ، ولكل صورة من هذه الصور شروط خاصة بها بالإضافة إلى الأركان والشروط العامة التى يلزم توافرها لكى تقع المقاصة.

وأشير فى هذا المطلب إلى هذه الصور فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

الفرع الأول

صـــــور المقاصـــــة
فى الفقه الإسلامى

اختلف الفقهاء فى تحديد صور المقاصة ، فذهب البعض إلى أن المقاصة نوعان: جبرية واتفاقية ، كالحنابلة والإمامية والإباضية ، وذهب البعض الآخر إى أن صور المقاصة ثلاث: جبرية وطلبية واتفاقية وهم جمهور الفقهاء.

وأشير هنا إلى هذا الخلاف:

أولا: من قال إن للمقاصة صورتان فقط:

المشهور عند الحنابلة:

أن للمقاصة صورتين جبرية واتفاقية فتقع جبرية إذا تحققت شروطها، وتكون جائزة عند اتفاق الطرفان عليها وتمنع إذا كانت تؤدى إلى محظور[(١)].

والسبب فى تضييق صور المقاصة عند الحنابلة ، أنهم تشددوا فى حكم بيع الدين بالدين ، فقالوا بالتحريم سواء أكان للمدين أم لشخص أجنبى.

فهم يقيسون بيع الدين بالدين على المؤخر بالمؤخر بجامع عدم الفائدة وقالوا أيضا إن فيه غرراً إذ فيه شغل لذمتين[(٢)].

ولذلك قالوا إن المقاصة مستثناة منه للحاجة.

---

(١) المغنى لابن قدامة على هامش الشرح الكبير، جـ١٢، ص ٢٣١ ، منتهى الإرادات، جـ١٢، ص ٢٣١ ، إلا أن ابن مفلح ذكر صور المقاصة وقال للحنابلة أقوال أربعة أحدها أنها تكون جبرية والأخرى لاتقع إلا إذا طلبها أحد الدائنين، والثالثة لاتقع إلا بتراضيهما وأخيرا لاتقع المقاصة وإن ارتضاها الطرفان لأنها ممنوعة . الفروع لابن مفلح، جـ٢، ص ٥٧٥ . فهذا قول عند الحنابلة إلا أن المعتمد عندهم ما ذكر فى المتن.

(٢) انظر مذهب الحنابلة وأدلتهم، ص   من هذا البحث.

وصور المقاصة:

عند الإمامية أيضا جبرية واتفاقية فتقع جبرا على الطرفين إذا تحققت شروطها وتقع اتفاقية إذا تخلف شرط من شروطها واتفق عليها الطرفان لارضاء أحدهما فقط ، فهم لايقولون بالمقاصة الطلبية وتمتنع المقاصة إذا كانت تؤدى إلى محظور(١).

وأيضا:

قال الأباضية بالمقاصة الجبرية والاتفاقية فقط فقد ذكروا أن كل دينين استويا فى الجنس والصفة تساقطا اتفق اجلهما أو اختلف ، فإذا كان أحد الدينين أكثر من الآخر فان الزيادة فقط تبقى فى ذمة من هى عليه(٢).

وقد ورد فى المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران بقولها: «المقاصة نوعان جبرية تحصل بنفس العقد واختيارية تحصل بتراضى المتداينين».

ثانيا: من قال أن المقاصة ثلاث صور هي جبرية وطلبية واتفاقية وهم جمهور الفقهاء:

فعند الأحناف:

ورد بيان صور المقاصة فى أبواب متفرقة كالصرف والسلم والوديعة والنفقة فلم يعقدوا للمقاصة فصلا خاصا لبيان صورها والقواعد الخاصة بها كما فعل المالكية.

ولقد توسع الأحناف فى صور المقاصة حتى أنهم قالوا أنها الطريق الوحيد لقضاء الديون وأنها لاتقضى إلا بها ، والمتتبع لأقوالهم التى وردت بشأن المقاصة يجد أنهم يقولون بأن صور المقاصة ثلاثة وهى:

---

(١) جواهر الكلام، جـ٤، ص ٢٧٧.

(٢) ويجوز عندهم التقاص بين متخالفين ثمنا ومثمنا وبين متخالفين مطلقا بقدر القيمة على السعر أو على ما اتفقا عليه ولايقاصص بأكثر مما عليه . التاج المذهب لابن القاسم اليمانى الصنعانى، جـ٢، ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، شرح النيل لاطفيش، جـ٤، ص ٥١٢ ، ٥١٣.

الجبرية - والطلبية - والاتفاقية(١).

وعند المالكية:

نجد تفصيلاً كثيراً لصور المقاصة.

والدليل على ذلك:

أنهم عقدوا فى مؤلفاتهم فصلا خاصا بالمقاصة ذكروا فيه ماهيتها وصورها وما يجوز منها ومالا يجوز(٢).

وللمقاصة عندهم ثمان ومائة صورة(٣).

وبيان هذه الصور هى:

أن يكون الدينان إما من جنس العين كالنقد، أو الطعام كالبر والشعير أو العرض كالثياب والكتب، وأن كلا من الدينين إما أن يكون ناتجاً عن بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه تسع صور فى كل صورة منها ، الدينان إما متفقان فى الجنس والقدر والصفة أو مختلفان فى الجنس أو القدر أو فى الصفة فقط مع اتحاد الجنس فيهما ، فاذا ضربت هذه الأربعة فى الصور التسع التى قبلها بلغ عدد الصور ستا وثلاثين صورة.

---

(١) جاء فى رد المحتار على الدار المختار، جـ٤، ص ٢٥٠، ط ٣، الاميرية سنة ١٣٢٥ هـ: «ويصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقه ممن هو له وتقع المقاصة بنفس العقد بلا توقف على إرادتهما » وهذا النص يشير إلى المقاصة الجبرية وهى التى تقع دون توقف على إرادة طرفى المقاصة وجاء فى بقية كتب الحنفية مايشير إلى بقية صور المقاصة . فتح القدير، جـ٦، ص ٣٣٤ ، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦ ، ٢١٧ ، ١٧٨ ، ١٧٩ ، الأشباه والنظائر، ص ١٤٥، وحاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٢٣٢.

(٢) ذكر الصاوى فى الشرح الصغير انها مائة وخمسة وثلاثين صورة، بلغة السالك لاقرب المسالك، جـ٢، ص ١٢٠ ، العقد المنظم لابن سلمون، جـ١، ص ٢٦٢.

(٣) تحفة الحكام على الارجيزة لابن مبارة الفارسى، جـ١، ص ٣٢٥ ، حاشية العدوى، جـ٤، ص ١٤٤ ، الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٧ وما بعدها ، حاشية الاكليل، ص ١٩٤ ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٤٩ ، د. ليلى عبد العزيز، ص ٢٤٢ المرجع السابق.

وفى كل من هذه الصور يكون الدينان إما حالين أو مؤجلين أو أحدهما حال والآخر مؤجل ، فهذه ثلاث حالات إذا ضربت فى الست والثلاثين ، بلغت صور المقاصة مائة وثمانى صورة.

ويمكن حصر صور المقاصة عند المالكية فى ثلاث هى:

الواجبة والجائزة والممنوعة.

المقاصة الواجبة:

وتكون فى حالات ثلاث:

١- إذا حل الدينان.
٢- إذا اتفق الدينان فى الأجل.
٣- إذا طلبها من قل دينه.

هذا بشرط تماثل الدينين فى الجنس والنوع والصفة[١].

المقاصة الجائزة:

والمراد بالجواز هنا هو استواء الطرفين وليس قسيم الوجوب أى وقوعها وعدم وقوعها سواء فوقوعها يكون بتراضيهما وعدم وقوعها يكون بعدم تراضيهما عليها.

والغالب عند المالكية فى المقاصة هى المقاصة الجائزة ، ذهب إلى ذلك جمهور المالكية[٢].

---

(١) وقد ذهب البنانى إلى أن صور الوجوب تقتضى حرمة العدول عنها ولو تراضيا على ذلك، البنانى على هامش الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣٠ ، شرح الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣١.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٧ ، حاشية الشيخ حجازى العدوى، جـ٢، ص ٩٥ ، ولم يخالف فى ذلك إلا الشيخ عليش ، تقريرات الشيخ عليش بهامش حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٢٧ ، الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ١٣٠.

أما المقاصة الممنوعة:

فهى التى تؤدى إلى محظور.

وبذلك تبين لنا أن صور المقاصة عند المالكية تكون واجبة ويحصل فيها التقاص جبرا على الطرفين وتكون طلبية فى صورة اختلاف الدينين فى الأجل بأن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا وإما أن تكون جائزة بمعنى أنها لاتقع إلا بالتراضى.

أما عند الشافعية:

ذكر الشافعية صور المقاصة فى أبواب متفرقة فذكروها فى باب المكاتبة وباب المداينات.

وصور المقاصة عند الشافعية اربعة ، ثلاث منها جائزة وهى: المقاصة الجبرية ، والطلبية ، والاتفاقية ، أما الصورة الرابعة فهى كل مقاصة تؤدى إلى محظور فتكون ممنوعة غير جائزة وإن اتفق الطرفان عليها(١).

هذه هى صور المقاصة فى المذاهب المختلفة القائلة بها والتى وردت متفرقة فى أبواب الفقه المختلفة ، وبالنظر إلى مذاهبهم نجد أنهم.

أ- متفقون على القول بالمقاصة الجبرية والاتفاقية.
ب- متفقون على أن المقاصة التى تؤدى إلى محظور ممنوعة.
جـ- مختلفون فى القول بالمقاصة الطلبية.

فذهب إلى القول بها الأحناف - المالكية - الشافعية - ابن مفلح من الحنابلة - ولم يقل بها الحنابلة «فى المشهور عندهم» والإمامية.

---

(١) وقد أجمل الإمام أبى حامد الغزالى فى الوجيز فقال: «إذا ثبت للمكاتب على سيده دين مثل دين الكتابة قدرا وجنسا ، قال تقدم المقاصة فيعتق ثم طكر تقاص الدينين المتساويين أن هناك أربعة أقوال، الأول أنه لايحصل التقاص وإن رضيا ، الثانى أنه يحصل إن رضى أحدهما ، الثالث أنه لايحصل إلا برضاهما ، الرابع أن التقاص يحصل دون رضاهما» ، الوجيز، (=)

الفرع الثانى

صــــور المقاصـــة
فى القانون المدنى المصرى

لم تذكر نصوص القانون المدنى المصرى إلا المقاصة القانونية وبيان شروطها وأحكامها.

ثم أضاف الشراح إلى المقاصة القانونية أنواعا أخرى من المقاصة الاختيارية التى تتضمن صورتا المقاصة الطلبية والاتفاقية والمقاصة القضائية.

وبناء على هذا تكون صور المقاصة عند علماء القانون ثلاثا:

الأولى: المقاصة القانونية:

وهى التى تقع بحكم القانون إذا توافر فيها الشروط.

الثانية: المقاصة الاختيارية:

وهى قسمان:

القسم الأول:

ماتقع بارادة أحد الطرفين، وهى التى تخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصودا به مصلحة أحد الطرفين وتنازل عنه.

القسم الثانى:

ماتقع بارادة كلا الطرفين ، وهى التى تخلف فيها شرط من شروط

(=) جـ٢، ص ١٧٦ ، حاشية الشربينى على المنهاج، جـ٢، ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، الأنوار، جـ٢، ص ٥٢٨ ، فتح العزيز شرح الوجيز، جـ١٨ ، ص ٢٤١ ، مخطوط بمكتبة الأزهر، الأم، جـ٧، ص ٤٠٠ أول طبعة.

المقاصة القانونية وكان مقصودا به مصلحة الطرفين معا وتنازلا عنه.

الثالث: المقاصة القضائية:

وهى التى تقع بحكم القضاء فى الأحوال التى لاتتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ولم يكن هذا الشرط من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده، فالمقاصة القانونية هى التى يتم فيها انقضاء الدينين بقوة القانون والمقاصة الاختيارية هى التى تتم بارادة ذوى الشأن والمقاصة القضائية هى التى تقع بحكم من القضاء[1].

ومما سبق يتضح لى أن كلا من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى وشراحه قد تكلموا فى أنواع المقاصة الأربعة القانونية والاختيارية بقسميها والقضائية ولكن يلاحظ كما سيأتى:

أن المقاصة القضائية فى القانون المدنى ينحصر مجالها فى حالتين اثنتان فقط وهما:

- النزاع فى الدين.

- عدم معلومية المقدار.

أما مجالها فى الفقه الإسلامى فهو أوسع، إذ تشمل عدم تعيين الدين، وعدم استقرار مقدار الدين والنزاع بين المتداينين فى الأخذ بالمقاصة.

وافتقار أحد الدينين فى كونه دينا إلى قضاء القاضى ومثاله نفقة الزوجة إذا لم يتفق الزوجان على قدر معين.

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ١٠٣٤، بند ٥٢٩، ط ١٩٨٤ م، دار النهضة العربية، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٩٣، مكتبة سيد عبد الله وهبة، أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٠، ط ١، دار الفكر العربى، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٢٢، ط ١٩٧٤ م، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣٥، ط ١٩٨٨م، ١٩٨٩م.

وبعد أن اتضح لى أن الفقهاء قالوا بصور المقاصة الثلاث - الجبرية - الطلبية - الاتفاقية.

أشير بنبذة عن كل واحدة من هذه الصور مع بيان شروط تحققها.

فبجانب توافر الشروط العامة لوقوع المقاصة يشترط الفقهاء شروطا خاصة بكل صورة من صورها.

اولا: المقاصة الجبرية:

المقاصة الجبرية: هى تلك التى تقع بنفسها بمجرد التلاقى:

ولاتتوقف على التراضى وتتم بغير اتفاق أو طلب متى توافرت شروطها.

ويسقط الدينان منذ تحققهما ويسقط معها ما يتبعهما من امتيازات تتصل بالدينين ولاتقع هذه المقاصة إذا ترتب عليها الوقوع فيما هو محظور شرعا «موانع المقاصة»[1].

فمن ثبت له على غريمه مثل ماله عليه من الدين جنسا وصفة وحلولا وقعت المقاصة وتساقط الدينان إن كانا متساويين فى المقدار وإن تفاوتا فى القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة[2].

ومثال ذلك:

الحسابات الجارية فى المصارف، فما يدفعه صاحب الحساب للمصرف ليس وديعة بالمعنى الحقيقى إذ هو وديعة مأذون فى خلطها بغيرها وباستهلاكها فتكون قرضا وما يأخذه المتعامل ليس عين حقه وهو أشبه شئ بالقرض فكان دائنا ومدينا.

---

(١) سيأتى ذكرها، ص   من هذا البحث.

(٢) جاء فى بدائع الصنائع، جـ٤، ص ١٥٣: «كل دينين التقيا من جنس واحد فى الذمة وليس فى إسقاطه إبطال العقد ولا استحق قبضه فى المجلس فإنه يصير أحدهما بالآخر قصاصا».

وتحصل المقاصة الجبرية متجددة كلما تجدد الإيداع والآخذ[١]، وقد اتفق الفقهاء على وقوع المقاصة جبرا بحكم الشرع دون توقف على رضُا الطرفين، إذا كان الدينان متفقين جنسا وصفة إلى غير ذلك من الشروط وكانا من النقدين[٢].

أما غير النقدية كالمثليات والعروض:

فوقوع المقاصة فيهما محل خلاف:

١- فذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع المقاصة فيهما جبرا أيضا[١].

---

(١) المقاصة فى الفقه الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٢٢.

(٢) جاء فى حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٢٦٥: «وإذا حدث الدين بعد الصرف فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا».
الفتاوى الأنقروية، جـ١، ص ٣١١ ، حاشية الطحاوى على الدر المختار، جـ٣، ص ١٤٠ ، ١٤١ ، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧.
وقال الصاوى: «إن حقيقة المقاصة متاركة مدينين من الجانبين بمماثلين أى بدينين متماثلين جنسا وقدرا وصفة وحلولا وتأجيلا - أى كل واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه له فيترك الدين الذى له على صاحبه فى نظير الدين الذى عليه له، وهذا أيضا للمتاركة التى وردت فى تعريف المالكية للمقاصة» ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير، جـ٢، ص١١٨، بلغة السالك لاقرب المسالك، جـ٢، ص ١٨ ، شرح الخرشى، جـ٥، ص ٢٦٨ ، وأيضا الأم، جـ٧، ص ٣٧٨ وما بعدها.
وقال الحنابلة: «وأيضا بالمقاصة الجبرية ، فمن ثبت له على غريمه مثل ماله من الدين قدرا وصفة وحلولا وتأجيلا لأجل واحد تساقطا ، أى تساقط الدينان» ، الفروع لابن مفلح، جـ٢، ص ٥٧٥ ، المغنى والشرح الكبير، جـ١٢، ص ٢٢٩ وما بعدها ، كشاف القناع، جـ٣، ص٢٤٧.

(٣) وهذا مستفاد من النصوص التى وردت فى كتبهم والتى تدل على أن المقاصة الجبرية هى التى تقع قهرا بين المتداينين قضاء لديونهما دون توقف على إرادتهما عند اتحاد جنس الدينين واتحادهما فى القوة.
المراجع السابق، وحاشية الشيخ حجازى العدوى على شرح مجموعة القضاء فى مذهب الإمام مالك، جـ٢، ص ٩٥ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤ .
وأيضا قال الشيعة الامامية بالمقاصة الجبرية إذا كان المالات متساويين جنسا ووصفا تهاترا قهرا سواء كانا نقدين أو مثلين أو عرضين ولاخلاف بينهم فى ذلك، جواهر الكلام، جـ٤، ص٢٧٧.
(=)

ويذكر بعضهم تبريرا لذلك هو عدم ملك كل شخص على الآخر نفس ما يملكه عليه.

وقال بعض الشافعية بالمقاصة التى تقع بنفسها إذا تحققت الشروط وانتفت الموانع، ترتب عليها عتق أو لم يترتب.

روى الشافعى ذلك فى الأم وهو المذهب الجديد له(١).

وذكر ذلك أيضا صاحب الأنوار(٢).

إلا أن الإمام الغزالى: قيد المقاصة الجبرية بالنقدين:

فقال: «إن فى تقاص الدينين أربعة أقوال ، وأن رابع هذه الأقوال الراجح هو أن التقاص يقع بنفسه دون الرضا إن أجرينا التقاص فى النقدين ، وفى ذوات الامثال وجهان وفى العروض وجهان مرتبان ، ولم يذكر ترجيحا ولااعتمادا ولاشهرة(٣).

وقد أطلق الامام النووى المقاصة الجبرية فى الدينين، فشمل كلامه النقدين(٤).

ولكن ابن حجر فى التحفة قيد بما إذا كان نقدين ، ثم قال بعد ذلك

(=) وذهب الأباضية إلى صحة التقاص بين المتداينين ولو كان الدينان طعاما لأنه ليس بيعا محضا ويقضى كل من صاحبه بان يمسك كل ما فى ذمته لنفسه بدل ماله على الاخران قائلا فى نوع الدين والكمية والجنس ويصح التقاص ويقع بنفسه من غير طلب وان كان بلا نية ولا لفظ مطلقا.

(١) جاء فى الأم، جـ٧، ص ١٢١، ط ١: «إذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لايختلفان فى وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص».

(٢) الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

(٣) الوجيز، جـ٢، ص ١٨٦ ، المنهاج للنووى، جـ٤، ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، فتح العزيز شرح الوجيز، جـ١٨، ص ٢٤١، مخطوط بمكتبة الأزهر ، حاشية الشيخ ابراهيم على هامش الأنوار، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

(٤) المنهاج للنووى، جـ٤، ص ٥٣٤ ، ٥٣٥.

أنه لاتقاص إذا كان الدينان غير نقدين، وهما متقومان مطلقا أو مثليان لا أن حصل به عتق لتشوف الشارع إليه[١].

وإن كان الشافعية قد منعوا المقاصة فى غير النقدين فى رأى عندهم فليس هذا بسبب أن المقاصة الجبرية ممنوعة من غيرهما، بل خوفا من عدم تحقيق التماثل الكامل.

ولذلك فالشافعية يشترطون لوقوع المقاصة الجبرية - التماثل الكامل بين الدينين من حيث الجنس والنوع والصفة والحلول والقدر، فان اختلف الدينان لاتقع المقاصة إلا بالتراضى ولاتكون جبرية وإنما إختيارية، وتقع فى الدينين من سائر المثليات أيضا إذا كانت سبيلا إلى حصول العتق.

أما جريانها فى المثليات باطلاق أو فى الدين من العروض فهى وجوه فى المذهب وليست الأصح ولا المشهور[٢].

وبالنظر فى أقوال الفقهاء السابقة الواردة بشأن المقاصة الجبرية نجد أن معظم الفقهاء قالوا بها.

فوقوع المقاصة الجبرية التى تتم بغير اتفاق ولا طلب متى توافرت شروطها وانتفت الموانع هو المنهج السليم والمنطق المستقيم ، وعليه يسير الناس فى معاملاتهم بفطرتهم ، فالرجل يكون له على آخر مائة ثم يجب عليه للآخر خمسون لا يفكر مطلقا فى أن له قبل غريمه أكثر من خمسين والتاجر الصغير يعامل التاجر الكبير يأخذ ويعطى، وتقع المقاصة بالفطرة ويحتسب كل منهم فى نفسه ما أخذ فيما اعطى ، وتقع بينهم مقاصة مستمرة بدون اجتماع أو طلب من أحدهما ولايفكر واحد منهما فى أن له أو عليه اكثر مما انتجته هذه المقاصة[٣].

(١) التحفة لابن حجر، جـ٤، ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، المقاصة فى الفقه الإسلامى، ص ٢٤.
(٢) الأم، جـ٧، ص ٣٧٨ وما بعدها ، ومختصر المزنى بهامش الزم، جـ٥، ص ٢٧٥ ، ٢٧٩.
(٣) المقاصة فى الفقه الإسلامى، ص ٢٧.

ويتضح لى أن شروط المقاصة الجبرية هى:

١- التماثل بين الدينين فى الجنس والنوع والصفة.

٢- التماثل فى الحلول أو الأجل.

٣- قابلية الدين لاستيفاء الحق منه.

فهذه هى الشروط الواجب توافرها لكى تقع المقاصة الجبرية ، وهناك حالات يختل فيها التماثل ومع ذلك تقع المقاصة.

المقاصة القانونية
فى القانون المدنى المصرى

يتضح من تطور المقاصة أنها بدأت اتفاقية ، ثم اجيزت المقاصة القضائية وأخيرا أصبحت المقاصة قانونية.

والمقاصة القانونية هى التى تقع بقوة القانون إذا توافرت شروطها فإذا لم تتوافر هذه الشروط لم تقع المقاصة القانونية.

ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا على المقاصة أو إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر ما دام هذا الشرط مقررا لمصلحته وهذه هى المقاصة الاتفاقية.

وعند عدم الاتفاق يجوز لهما الالتجاء إلى القضاء للحكم بالمقاصة وهذه هى المقاصة القضائية.

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية، وهى التى عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان «المقاصة» وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها[١]:

---

(١) الوسيط للسنهورى، ف ٥٢٩، جـ٣، ص ١٠٣٤ ، ط ١٩٨٤ م.

فالمقاصة القانونية:

هى التى يتم فيها انقضاء الدينين بقوة القانون فإذا أصبح المدين دائنا لدائنه وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة.

وقد ورد فى المادة ٣٦٢: «للمدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء».

٢- ولايمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن.

ومن النص السابق يتضح لى أن الشروط الواجب توافرها لوقوع المقاصة القانونية هى:

أولا: تماثل الدينين فى المحل.
ثانيا: صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء.
ثالثا: خلو الدينين من النزاع.
رابعا: استحقاق الدينين للأداء.
خامسا: قابلية كل من الدينين للحجز.
سادسا: أن يكون الدينان بين نفس الشخصين(١).

مما سبق يتضح لنا التقارب بين المقاصة الجبرية فى الفقه الإسلامى والمقاصة القانونية فى القانون المدنى المصرى ومن ثم أقوم بتوضيح شروط المقاصة الجبرية فى الفقه الإسلامى ثم نعرض لما ورد فى القانون المدنى المصرى بشأن نفس الشرط فى الفقه الإسلامى.

(١) الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ١٠٣٨ وما بعدها ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص٨٤٦ ، ط ١٩٦٤ م.

وهذه الشروط هى:

١- تماثل الدينين فى المحل.
٢- تماثل الدينين فى الحلول والتأجيل.
٣- قابلية الدين لوقوع المقاصة فيه.

ثم أبين بعد ذلك: الحالات التى تقع فيها المقاصة مع عدم وجود التماثل.

شروط المقاصة الجبرية فى الفقه الإسلامى «المقاصة القانونية» فى القانون المدنى

الشرط الأول: تماثل الدينين فى المحل:

لكى تقع المقاصة الجبرية يجب أن يكون الدين الذى سيكون سبيل الوفاء مماثلا لمحل المدين الذى سينقضى حتى لايكون هذا الوفاء إجبارا للدائن على أن يستوفى شيئا غير الشئ المستحق أصلا ومن غير رضاه.

وتماثل الدينين يكون باتحادهما جنسا ونوعا وباتحادهما فى الصفات التى يعتد بها فى باب المقاصة.

ومن ثم أتحدث عن هذا الشرط كما يلى:

أولا : اتحاد الدينين فى الجنس والنوع.
ثانيا: تماثل الدينين فى الأوصاف.

اولا: اتحاد الدينين فى الجنس والنوع[1] :

لقد تكلم الفقهاء فى تحديد الجنس فى أبواب متفرقة مثل الربا والصرف

---

(١) الجنس فى اللغة: هو الأصل ، ويقال هو النوع .
وفى اصطلاح المناطقة: هو مايدل على كثيرين مختلفين فى الأنواع، فهو أعم من النوع، فالحيوان جنس والانان نوع ، المعجم الوسيط، جـ١، ص ١٤٠.
والنوع فى اللغة: هو الصنف من كل شئ المتفق فى الحقائق المعجم الوسيط، جـ٢، ص١٦٤.
وفى اصطلاح الفقهاء: هو ذلك الشئ الذى لايوجد تفاوت بين أفراده من حيث الغرض مثل الرجل والمرأة، فالرجل نوع والمرأة نوع وكذلك البر نوع والشعير نوع آخر والنوع هو الصنف من كل شئ. المتفق الحقائق شرح مجلة الأحكام العدلية، جـ١، ص ١٠٣ مكتبة النهضة.

والسلم وفى مسألة ظفر الإنسان بحقه من جنسه أو من غير جنسه وفى غير ذلك من المسائل وقد وقعت لهم اختلافات فى بعض الاجناس والأنواع وفى الضوابط وقالوا يشترط فى وقوع المقاصة الجبرية اتحاد الجنس والنوع بين الدينين فلو كانا من جنسين لاتقع بنفسها(١).

وأعرض هنا لمذاهب الفقهاء المتعددة فى ضابط الجنس:

١- الاحناف: واختلاف الجنس عندهم يكون باختلاف:

١- الأصل: مثل لحم البقر مع لحم الضأن.

٢- المقصود: مثل شعر الماعز وصوف الغنم.

٣- الصفة: كالشعير والخبز المتخذ منه، فهنا تبدلت الصفة من الشعير إلى الخبز وإن كان الأصل واحد.

فإذا اتحد أصلا ومقصدا ولم تتغير الصفة كانا متحدين جنسا وإذا فقد الشئ أحدهما كان من جنس آخر(٢).

المالكية: يتحد الجنس عند المالكية بتساوي المنفعة أو تفاوتهما أو اتحادهما.

وقالوا إن الطعامين المتساويين فى المنفعة كأصناف الحنطة أو متقاربين كالقمح والشعير كانا جنسا واحدا أما إذا تباينا فى المنفعة أو تباعدا كانا جنسين مختلفين كالقمح والتمر(٣).

---

(١) رد المحتار، جـ٤، ص ٢٤٩ ، فتح العزيز شرح الوجيز، جـ١٨، ص ٢٤١ ، المغنى، جـ١٢، ص ٣٨٧ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٣٤ ، د. محمد سلام مدكور، ص ٦٤.

(٢) رد المحتار، جـ٢، ص ٣٧٦ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٨٩ ، المبسوط، جـ٢، ص ١٧٦ ، ١٧٧.

(٣) حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢١٠ ، مواهب الجليل على مختصر خليل، جـ٤، ص ٣٤٧ ، ط بيروت.

٣- الشافعية: قالوا بأن اختلاف الجنس يكون باختلاف ، الأصل والصلة والاسم.

ومثال اختلاف الاسم والصلة، كشحم الظهر والبطن واللسان، أما الدهن فهو جنس واحد عندهم مهما اختلفت أنواعه كدهن الورد ودهن البنفسج لأن أصلهما السيرج، أما اللحوم والبيض والأسماك فكل منها أجناس كأصولها(١).

٤- الحنابلة: ضابط الجنس عندهم ماله اسم خاص ويشمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والبلح وكلها أجناس.

وأن كل شيئين أو اكثر أصلهما واحد فهما جنس واحد وإن اختلفت المقاصد وتغيرت الصفة كدهن الورد ودهن البنفسج وكذلك الحنطة والخبز المتخذ منها.

والنوع هو الشامل لأشياء مختلفة بالنسبة إلى مافوقه.

والمراد هنا الجنس الأخص والنوع الأخص.

فالتمور كلها جنس واحد وإن كثرت أنواعها، فكل شيئين اتفقا في الجنس يثبت فيهما حكم الشرع(٢).

٥- الإمامية: وضابط الجنس عندهم هو مادخل تحت اللفظ الخاص فالتمر جنس بجميع أصنافه والزبيب جنس واللحم جنس والحنطة والشعير جنس واحد في المشهور وإن اختلفا لفظا واشتملا على أصناف(٣).

---

(١) نهاية المحتاج للرملي، جـ٣، ص ٤٢٤ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز، جـ١٨ ، ص ٢٤١ ، الأنوار، جـ٢، ص ٥٢٨.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ١٢٤ ، ط ٣ ، منتهى الايرادات، جـ٢ ، ص ٨٦ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ٨٩ ، ١٣٤ ، المقاصة فى الفقه الإسلامى، ص ٦٥.

(٣) د. ليلى عبد العزيز، ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، المرجع السابق.

وأرى أن ماوضعه الأحناف كضابط للجنس هو الراجح لأنه محكم وسدا لباب الفساد فى المعاملات، وحتى لايقع الناس فى محظور شرعى دون علمهم، خاصة وأن بعض المذاهب الأخرى مثل الشافعية يقولون ببعض ما قالوا به.

تحديد جنس النقدين عند الفقهاء

الأصل فى النقد هو الذهب والفضة.

والنقد هو ماخلق للثمنية والثمن هو المعيار الذى يعرف به الناس تقويم الأموال[١].

وبالنظر فى موقف الفقهاء من تحديد جنس النقد.

نجد انهم قد اختلفوا فى ذلك على مذهبين:

١- فذهب الأحناف فى ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة إلى أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان لاتقع المقاصة الجبرية بينهما ، فإن صاحب الحق إذا أخذ الدراهم مكان الدنانير أو العكس فى باب الظفر بالحق «أى باب المقاصة» فإنه يكون مبادلة[٢].

٢- وذهب بعض مشايخ الأحناف والمالكية والإمامية والأباضية[٣] إلى أن الدراهم والدنانير فى باب المقاصة جنس واحد «بشرط حلول كل منهما» وصرحوا بأن المقاصة الجبرية تقع إذا كان لأحدهما على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم وكذا سائر الذهب والفضة معللين ذلك بأن النقدين من جنس واحد.

---

(١) فتاوى ابن تيمية، جـ٢٩، ص ٤٧٣ وما بعدها.

(٢) المبسوط، جـ٢٨، ص ١٦٦ ، الانقروية، جـ١، ص ٣١١ ، وجاء فى الأنوار لاعمال البرار، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة: «وإن اختلفا فى الجنس كالدراهم والدنانير فلا مقاصة»، المغنى، جـ٤، ص ٩ ط ٣.

(٣) جاء فى الفتاوى الانقروية، جـ١، ص ٣١١: «أنه فى باب الظفر بالحق له أن يأخذ الدنانير بالدراهم وكذلك أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لاقياسا وهوقول ابن أبى ليلى» ، حاشية العدوى، جـ٤، ص ١٤٣ ، على المحقق، بلغة السالك، جـ٢، ص ١١٨ ، الروضة البهية، جـ١، ص ٣٠٨ ، شرح النيل، جـ٤، ص ٥١٤.

وأرى أن الدراهم والدنانير «جنسا واحدا» لأن الدراهم والدنانير هدفهما تثمين الأشياء فى المقاصة لأن المراعى فيهما القيمة لاعين النقد[١].

هذا فى الدراهم والدنانير المضروبة بشرط أن يكونا رائجين.

حكم المضروب من غير الذهب والفضة:

مثل النحاس وهى التى تسمى فلوسا فى زماننا هذا:

فان حكم جميع هذه النقود واحد سواء كانت من الورق أو النحاس فهى تكون ثمنا بشرط أن تكون رائجة مثلها فى ذلك مثل الذهب والفضة ، فاذا بطل التعامل بها وكسد بطلت بالتالى ثمنيتها فى اصطلاحهم بعد أن تعامل بها.

لهذا يمكن القول بأن النقود فى زماننا جنس واحد فى باب المقاصة سواء كانت مضروبة من النحاس أو من الأوراق النقدية لأن المعتبر فيهما القيمة فقط لاعينها.

فالذى يشترى سلعة معينة فانه يجوز له أن يدفع قيمتها من الأوراق النقدية مثل الجنيه أو فئة العشرة قروش ويجوز له أن يدفع ثمنها من المعادن المضروبة أو النحاس المسكوك وكل ذلك جائز.

وعرف الناس جرى على ذلك ولامانع منه فى عرف الشرع.

ويؤيد هذا ماقرره الفقهاء فى شأن العرف فى التعامل، فقد قال ابن أمير شارحا رسالة ابن عابدين[٢].

«العرف القولى هو أن يتعارف الناس اطلاق لفظ المعنى بحيث لايتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى» والعرف كما ذكره ابن عابدين باق على حاله حتى

---

(١) د. محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود، ص ١٥.

يومنا هذا حيث يعول الناس فى معاملاتهم على قيمة النقد لاعلى نوعه.

وتجدر الإشارة إلى أن انواع النقود الرائجة يقوم بعضها مقام بعض فيشترى بالدينار ويدفع قيمته دراهم أو فلوسا.

كل ذلك جائز لأن تعدد الأنواع لاقيمة له والعبرة بالقيمة.

على هذا يكون جميع انواع النقد اليوم فى عرف الناس جنسا واحدا سواء كانت ورقية أم معدنية وسواء كانت فضية أم ذهبية . أو نحاسية[١] فتعدد الأنواع لامدخل له والعبرة بالقيمة بأى نوع أديت.

أما إذا بطل التعامل بهم لبطلان الثمنية فأن هذا الحكم يبطل ويكونوا اجناسا مختلفة ويمنع وقوع المقاصة الجبرية بينهم[٢].

يستخلص من هذا الشرط:

أولا: أنه يشترط لوقوع المقاصة اتحاد الجنس فى الدينين المراد وقوع المقاصة بينهما.

ثانيا: أن الجنس فى غير النقدين هو ماتوافرت فيه شرط الاتحاد فى الأصل والصفة والمقصود لاحكام انضباطه.

ثالثا: أن المراد بالجنس فى النقدين هو تعارف الناس على قيمتها وكذلك غيرها من الفلوس الرائجة سواء كانت من الورق أو من النحاس فكلها جنس واحد ومن ثم إذا تحقق التجانس بين الدينين على هذا الوجه وقعت المقاصة بين الدينين وإذا تخلف شرط اتحاد الجنس على الوجه السابق تخلف شرط اتحاد الجنس فلا تقع المقاصة الجبرية بين الدينين[٣].

(١) المقاصة فى الفقه الإسلامى، ص ٦٧ ، ٦٨ ، د. ليلى عبد العزيز، ص ٢٧١.

(٢) فتاوى ابن تيمية، جـ٢٩، ص ٤٧٣.

(٣) المراجع السابقة.

ثانيا: التماثل الدينين فى الأوصاف:

بالاضافة إلى اشتراط الفقهاء التماثل بين الدينين فى الجنس اشترط الفقهاء الاتحاد فى الوصف ايضا لكى تقع المقاصة الجبرية.

فاذا كان هناك تفاوت بين الدينين فى الوصف فانه يمتنع وقوع المقاصة بينهما(١) فشرط المماثلة واجب لأن المقاصة وفاء.

والمراد بالوصف عند الفقهاء:

هو الذى يكون لاختلافه اختلافا فى القيمة والانتفاع ويؤدى إلى عدم المساواة والتماثل بين الدينين، ويؤدى بالتالى إلى عدم المساواة بين الطرفين فى الاستيفاء.

وقد عدد الفقهاء الاوصاف التى لابد من وجودها حتى يكون الدينان متماثلان وهى:

أ- الجودة والرداءة.
ب- القوة والضعف.
جـ- الرواج والكساد.

وأشير هنا بإيجاز إلى كل واحد من هذه الأمور:

اولا: الجودة والرداءة:

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية أن يكون الدينان فى وصف واحد من الجودة فقط أو الرداءة فقط.

فإذا كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا لاتقع المقاصة الجبرية وهذا موضوع اتفاق بين الفقهاء، والمرجع بالوصف للعرف لأن الأجود والأرداء يعدم

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧ ، رد المختار، جـ٤، ص ٢٥ ، جـ٤، ص ٢٤٩ ، الأنوار شرح منتهى الارادات، جـ٢، ص ١١٩.

انضباطهما فما من جيد إلا ويمكن وجود أجود منه وكذا فى الردئ[١].

ثانيا: القوة والضعف:

يقتضى شرط التماثل بين الدينين المراد وقع المقاصة بينهما اتحادهما فى القوة أو الضعف فان اتحدا فى القوة أو الضعف وقعت المقاصة بينهما وإلا امتنعت المقاصة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وإن كانت عبارتهم مختلفة[٢].

(١) فعند الأحناف: قال السرخسى أثناء الكلام عن التركة إذا كان فيها دين على أحد الورثة: «فان كان ماعليه أجود مما خلفه الميت فرض بأخذ نصيب المدين قصاصا فله ذلك» المبسوط، جـ ٢٨، ص ١٦٦ ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ١٨٩ ، رد المحتار، جـ٥، ص٢٦٦.

وعند المالكية: جاء فى حاشية العدوى على المحقق: «أن المقاصة إذا طلبها من حل دينه أو كان دينه أجود من الآخر فالاختلاف فى الجودة يعدم التماثل ولايكون طلب المقاصة إلا لمن كان حقه أجود فقط» حاشية العدوى، جـ٤، ص ١٤٣ ، ط ١ سنة ١٣٠٨ هـ ، بلغة السالك، جـ٢، ص ١١٨ وما بعدها.

وعند الشافعية: جاء فى الزم: «أن جناية السيد على المكاتب إذا كانت من الصنف الذى منه الكتابة لم يعتق بها ولم تكن قصاصا حتى يقبضها ويدفع من ثمنها إليه» الأم، جـ١، ص ١٢٠، ط ١ ، الوجيز، جـ١، ص ١٥٧.

وعند الحنابلة: الأوصاف على ضربين متفق على اشتراطهما، والآخر مختلف فيهما، والمتفق عليها ثلاثة هى أوصاف الجنس والنوع والجودة، فهذه لابد منها لتحقيق التماثل بين الدينين، وقال الإمام أحمد: «ولانعلم بين أهل العلم خلافا فى اشتراطهما وبه قال أبو حنيفة والشافعية» المغنى، جـ، ٣١٧ ، ط ٢ ، منتهى الإرادات، جـ٢، ص ١١٩.

وايضا قال بهذا الامامية والظاهرية: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، جـ١، ص ٣١٣، التاج المذهب للصنعانى، جـ٢، ص ٤٨٨ ، المحلى، جـ٩، ص ٥٩٤ ، شرح النيل، جـ٤، ص٥١٢.

(٢) سبق فى الفصل التمهيدى تعريف الدين القوى والدين الضعيف عند الحديث عن أقسام الديون، ص .

أما عن عبارات الفقهاء الخاصة بوقوع المقاصة بين الدينين المتحدا فى القوة أو الضعف فأن اختلفا امتنعت المقاصة.

أ- فعند الأحناف: جاء فى الفتاوى الأنقروية: «للزوج عليها دين وطلبت النفقة لاتقع المقاصة بين دين النفقة بلا رضاء الزوج بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أضعف فصار كاختلاف الجنس فشابه ما إذا كان أحد الحقين جيدا والآخر رديئا لايقع التقاص بينهما إلا بالتراضى» الفتاوى الانقروية، جـ١، ص ٣١١ ، البزازية جـ٢، ص ٤٨٦ ، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص ٤٧ ، ٤٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع، جـ٤، ص ٢٩. (=)

وخالف في ذلك المالكية فقالوا لايشترط التماثل بين الدينين في القوة والضعف وقالوا إن نفقة الزوجة وماحل من الكتابة ليسا دينا لأنهما يسقطان بالعسر والموت ولو كانا دينا لم يسقطا بالعسر أو الموت، ولذلك اجتنبوا في تعريفهم الاتيان بكلمة الدين ليشمل المقاصة فيما حل من هذين[١].

ثالثا: الرواج والكساد:

يشترط أيضا لوقوع المقاصة اتحاد الدينين في الرواج أو الكساد تحقيقا لشرط التماثل الذي قال به الفقهاء، وذلك لأن أحد الدينين إذا كان رائجا والاخر فيه كساد كان بينهما اختلاف في القيمة وبالتالي لايتحقق التماثل بين الدينين.

والمعتبر في اتحاد الدينين في الرواج والكساد هو وقت وقوع المقاصة، أما اختلاف الدينين في الرواج والكساد عند ثبوتها لايمنع وقوع المقاصة.

فإذا كان الدينان المتقابلان مختلفين في مدى اقبال الناس عليهما، كأن يكون أحدهما رائجا عند جميع الناس والآخر لايتقبله إلا فئة معينة منهم، فإن المقاصة الجبرية لاتقع بينهما.

لأن اختلافهما في الرواج أشبه باختلافهما في الصفة فتمتنع المقاصة الجبرية لأنها وفاء جبرى على الطرفين[٢].

(=) ب- وعند الشافعية: جاء في حاشية البيجرمي: «أن المستقر في الذمة هو مالا يتطرق السقوط إليه بأن أمن من سقوطه كالصداق بعد الدخول والأجرة بعد استيفاء المنفعة وهو الدين اللازم الذي لايسقط إلا بالاداء أو الإبراء» حاشية البيجرمي على شرح ابن قاسم، جـ١، ص ٩٦٢ ، وجاء في الأنوار «وشرط التقاص أن يكون الدينان مستقرين».
«فان كانا سلمين فلا تقاص ، وان تراضيا ، لامتناع الاعتياض عنهما»، الانوار جـ٢، ص٥٢٨.
جـ- وعند الحنابلة: قالوا كذلك بوقوع المقاصة الجبرية بين الدينين اذا كانا مستقرين معا أو كانا غير مستقرين معا. ومثلوا لهما بدين المهر قبل الدخول. شرح منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

(١) شرح الخرشي لمختصر خليل بحاشية الدعوى، جـ٤، ص ١٤٣.

(٢) الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة ، ومنتهى الارادات، جـ٢، ص ٨٦.

شــــرط التمـــاثل
فى القانون المدنى المصرى

أخذ القـانون المدنى المصرى بشرط التمـاثل فى المحل بين الدينين لوقـوع المقاصة بينهما وذلك لأن المقاصة تقوم بالنسبة لانقضاء الالتزام مقام الوفاء.

ومن ثم وجب أن يكون مـوضـوع الدينين من نوع واحد ودرجـة واحـدة فى الجودة أو الرداءة وذلك حتى يستطيع كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقـاصـة من ذات الشئ الواجب الاداء حيث تعتبـر المقـاصـة سـببـا من أسـبـاب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

ومن ثم فـلا يتـصـور وقـوع المقـاصـة بقـوة القـانون إلا إذا كـان الدينان مـتـمـاثلان ولايمكن تماثل دينين إلا إذا كـان مـحل كل منهـمـا نقـودا أو مـثليـات متحدة فى النوع والجودة.

وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود ، ولا صعوبة فى هذه الحالة.

غـيـر أنه من الجـائز أن تقع المقـاصـة بين أشـيـاء مـثليـة بشرط أن تكون متحدة فى النوع ودرجة الجودة.

كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف والدرجة والجودة[١].

ولكن لاتوجد المقاصة القانونية بين دين مقداره كذا قنطار من القطن ودين بتـسليم حـصـان ولابين التـزام بمائة قنطار من الحنطة والثـانى بمائة قنطار من الشعير.

كـمـا لاتجـوز بين دينين مـحل أحـدهمـا حنطة عـجـمـيـة ومحل الآخر حنطة

---

(١) النظرية العـامـة للالتـزام، د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤٢٩ ، النظرية العـامـة للالتـزام، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٣٩ ، الوسيط للدكتور السنهورى، جـ٣، ص ٨٩٠ ، ٨٩١ ، أحكام الالتزام، د. اسمـاعيل غانم، ص ٤١٦ وما بعدها ، أحكام الالتزام، للدكتـور فرج الصدة، جـ٢، ص ١٣٨ ، د. محمد لبيب شنب، ص ٤٣٦ وما بعدها.

كردية وإذا كانت الحنطة الكردية درجات فى الجودة وكان محل احدهما من الدرجة الأولى ومحل الآخر من الدرجة الثانية.

فان المقاصة لاتقع بينهما لاختلافهما فى الصفة[١].

ولقد نص القانون المدنى المصرى على هذا الشرط فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ م م حيث تشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين فى الجنس والنوع والصفة والقوة والأجل[٢].

فلايكفى أن يكون محل الدينين من النقود أو المثليات حتى تقع المقاصة بقوة القانون، بل يتعين فوق ذلك وبصفة خاصة إذا كان الدينان من المثليات أن تتحد هذه المثليات من حيث النوع والجودة، ومرجع ذلك ان المقاصة تتم بغير رضاء الدائن فوجب أن يترتب عليها حصول كل من الطرفين على ما هو مستحق له بالضبط وبالتالى فلا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطنا والآخر قمحا. ولا فى دينين أحدهما قمح هندى ومحل الآخر قمح استرالى، ولا فى دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن ولو كان سعر هذه المثليات محددا فى الأسواق أو فى البورصات[٣].

ولاتجوز المقاصة فى دينين أحدهما بسيط والآخر تخييرى أو بدلى حتى لو كان أحد محلى الاختيار فى الالتزام التخييرى أو كان المحل الأصلى أو البدل فى الالتزام البدلى، مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط.

ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا، حرم فى الالتزام التخييرى صاحب الاختيار من حق اختياره، أو حرم المدين فى الالتزام البدلى من أن يؤدى الأصل

---

(١) الوسيط، السنهورى، جـ٣، ص ١٠٣٨ ، أحكام الالتزام، د. عبد الحى حجازى، ص ٤٣٩ ، ص ٢٧٢ زما بعدها.

(٢) أحكام الالتزام، د. سامى مدكور، جـ١، ص ٢٣٢.

(٣) النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٤ ، أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣٣٤ ، سنة ١٩٩٠ م.

أو البدل[١].

ولاتقع المقاصة بين التزام بنقل ملكية وآخر بالقيام بعمل.

وحتى لايتصور وقوعها بين التزامين بالقيام بعمل وإن تماثلا حتى ولو لم يكن من الضرورى أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذى التزم به، فلا بد إذن لامكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية[٢].

ولايلزم أن يكون مصدر كل من الدينين من نوع واحد فتجوز المقاصة بين ريع الأرض المرهونة حيازيا وبين الدين المضمون بالرهن وفوائده ولايشترط تماثل الدينين فى المقدار[٣].

أما من حيث التماثل فى الصفة:

فيشترط تساوى الدينين فى القوة.

وتساوى الدينين فى القوة إذا كان كل منهما صالحا للمطالبة به قضاء وبناء على هذا الشرط: يجب أن يكون كل من الدينين مزودا بدعوى وألا يكون هناك دفع قطعى يعطل المطالبة بكل من الدينين لأن المقاصة وفاء اجبارى لذلك فإنها لاتجوز إلا فى دين يمكن إجبار المدين على الوفاء به[٤].

ومن ثم تمتنع المقاصة إذا كان احد الدينين فيها لايقبل أن ترفع به الدعوى فإذا كان أحد الدينين مدنيا والآخر طبيعيا ، فقد اختلفت قوتهما وامتنعت المقاصة بينهما.

---

(١) السنهورى، جـ٣، ص ١٠٤٢.
(٢) السنهورى، جـ٣، س ١٠٤٢.
(٣) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ ، مجموعة القواعد القانونية ٩٦/٢٨٥ ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٢ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٤.
(٤) الوسيط، جـ٣، ص ٨٩٢ ، ٨٩٣ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٣٠ ; ٤٣٢.

لأن المدين بالتزام طبيعي لايجوز إجباره فى قضاء ذلك الدين وهذا يعدم التماثل بين الدينين بحيث يكون الدين المدنى أقوى من الدين الطبيعي[١].

كذلك تمتنع المقاصة القانونية عند وجود دفوع قطعية، كالالتزامات التى تكون قابلة للابطال ، كالتى يقع فى إرادة من أبرمها عيب من عيوب الارادة كالغلط والإكراه إذا تمسك بالإبطال من له الحق فيه ونجح فى إثباته والالتزامات التى تكون قد تقادمت واكتملت بالنسبة اليها مدة التقادم. م ٣٦٦.

ولكى يتحقق التماثل بين الدينين فى القوة ، يشترط أن يكون كل من الدينين محقق الوجود لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار وسوف اتحدث عن ذلك عند الكلام عن شرط خلو الدينين من النزاع.

(١) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص ٤٩١.

الشرط الثاني: تماثل الدينين فى الحلول والتماثل:

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية ، تماثل الدينين فى الحلول والتأجيل والحال لايخلو:

١- إما أن الدينان حاليين.
٢- وإما أن يكون أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا.
٣- إما أن يكون الدينان مؤجلين وهنا الحال لايخلو:

أ- إما أن يكون مؤجلين إلى أجلين مختلفين.
ب- أو مؤجلين إلى أجل واحد.

ويتضح لى بذلك أن لدينا أربع صور أبين حكم كل واحد فيما يلى:

الصورة الأولى: إذا كان الدينان حاليين:

لاخلاف بين الفقهاء هنا فى الجواز فحلول الدينين معا شرط عند الفقهاء، وهذا الشرط يتمشى مع طبيعة المقاصة بانها وفاء لدين والدين إذا كان حالا أصبح واجب الوفاء ووفاء الدين هدف للشارع الحكيم وللطرفين معا فى المقاصة، ووفاء الدين بطريق المقاصة مشروع.

فهنا يكون الدينان فى قوة واحدة وكلاهما مستحق الأداء فتقع المقاصة جبرا على الطرفين لتحقق صفة التماثل فيهما.

الصورة الثانية: إذا كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا:

فلا يمكن أن تقع المقاصة الجبرية بينهما لعدم التماثل وهذا محل اتفاق بين الفقهاء أيضا.

لأن الدين الحال مستحق الأداء فورا والدين المؤجل يتأخر استحقاقه إلى وقت حلول أجله فلا يتحقق إذن التماثل بينهما.

الصورة الثالثة: إذا كان الدينان مؤجلين لأجلين مختلفين:

حكم هذه الصورة محل اتفاق بين الفقهاء وهو عدم جواز وقوع المقاصة.

لأن الدين المؤجل هو ذلك الدين الذى يثبت فى ذمة شخص بسبب مشروع من أسباب ثبوت الدين ولكن الدائن لايستطيع مطالبته إلا عند حلول الأجل.

لأن المطالبة بالدين المؤجل قبل حلول أجله، لايجوز شرعا لأن الأجل منح شرعا للمدين لمصلحة معينة فلا يجوز تفويت هذه المصلحة على المدين والإضرار به «ولاضرر ولاضرار».

لذا كان من المقبول شرعا وعقلا ومنطقا ألا يجوز وقوع المقاصة الجبرية فى الدين المؤجل لأن المقاصة وفاء وصاحب الدين المؤجل لايستحقه فى الحال فيمنع ذلك المقاصة أو المطالبة بها.

الصورة الرابعة: إذا كان الدينان مؤجلين إلي أجل واحد:

مثال ذلك:

إذا كان هناك شخصين كل منهما مدين للآخر بدين مقداره مائة جنيه وكل منهما يستحق دينه أول العام الجديد مثلا فهل تقع المقاصة الجبرية على الرغم من أن الدينين مؤجلين لأجل واحد.

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

القول الأول: وهو للاحناف:

وقالوا بعدم وقوع المقاصة فى هذه الصورة.

اشترط الحنفية لوقع المقاصة الجبرية أن يكون الدينان حالين فاذا كانا مؤجلين، أو كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا لم تقع هذه المقاصة[١].

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧ ، رد المحتار، جـ٤، ص ٥٥٠ ، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص٤٧.

والاطلاق فى المؤجلين يدل على أن المقاصة لاتقع إذا اختلف الأجل أو كانا مؤجلين لأجل واحد.

وحجتهم فى ذلك:

١- أن المقاصة قيدت بالحلول لأنها لو لم تحل لم تقع المقاصة لاختلاف الوصف كالجيد والردئ، فجعل اختلاف الأجل كالاختلاف بالوصف فتمتنع المقاصة لعدم التماثل.

٢- أن أجل أحد الدينين قد يسقط حلوله إذ كما يسقط الأجل بانتهائه يسقط بأسباب أخرى مثل وفاة المدين أو افلاسه أو تنازله عنه[١]. لذلك تنعدم المماثلة بينهما.

٣- القول بعدم وقوع المقاصة فى هذه الحالة هو الملائم لأن المقاصة نوع من الوفاء وكل من الدينين المؤجلين لم يحن وقت الوفاء به فلا وجه لوقوع المقاصة بالدينين المؤجلين جبرا وإن كان الأجل واحدا[٢].

القول الثانى:

جمهور الفقهاء: المالكية ، الشافعية ، الحنابلة:

ويرون أن الدينين إذا كانا مؤجلين لأجل واحد وقعت المقاصة.

جاء فى منتهى الارادات «أو مؤجلين أجلا واحدا»[٣].

وجاء فى شرح الزرقانى: «حلا معا أولا بأن أجلا واتفقا أجلا»[٤].

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٤٨٥ ، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٣٧ ، الأم، جـ٣، ص ٧١٨ ، المهذب، جـ١، ص ٣٢٨ ، المحلى، جـ٨، ص ١٢٠٠ ، جامع الفصوليين، جـ٢، ص ٣٢٢ ، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٦٦ ، المدونة الكبرى، جـ٣، ص ٨٦.

(٢) م ٢٢٦ من مرشد الحيران ، حاشية الطحاوى على الدر المختار، جـ٣، ص ١٤٠.

(٣) منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

(٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل، جـ٢، ص ٢٣٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٩٨ ، مراهب الجليل، جـ٤، ص ٥٥٠.

وجاء فى الأنوار: «اتفقا نوعا وحلولا وتأجيلا»[١].

وللشافعية فى ذلك وجهان ، أحدهما أنها تقع كما تقع فى الحالين وهو ارجح الوجهين عنده فهذه نصوص صريحة تظهر رأى الجمهور بوضوح.

وهو جواز وقوع المقاصة عندما يكون الدينان مؤجلين لأجل واحد وحجتهم فى ذلك:

أنه لافائدة من الانتظار إلى وقت الحلول لاقتضاء الدين من أحدهما ودفعه للآخر.

ولافائدة من عدم وقوع المقاصة الجبرية مع اتحاد الاجل وتوافر الشروط الاخرى.

لذلك إذا اتفق الأجلان وقعت المقاصة جبرا عليهما.

ولأن المقاصة عقد ارفاق كالقرض، فلو جازت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها[٢].

ورأى الجمهور هو الراجح:

لأن رأى الاحناف يترتب على الأخذ به بقاء ذمة المدين مشغولة وتأخر سقوط الدين.

أما إذا قلنا برأى الجمهور وهو وقوع المقاصة فى هذه الحالة فان الذمتين تبرأن من حينها ولاتبقى إلى وقت سقوط الدين بالآداء أو الإفلاس أو التنازل.

ودائما الطريق الذى يؤدى إلى إبراء الذمم هو الأولى بالقبول والاتباع ورأى الجمهور يؤدى إلى ذلك.

---

(١) الأنوار لاعمال الابرار، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

(٢) المغنى، جـ١٢، ص ٣٩١ ، المنتهى، جـ٢، ص ١١٩ ، وكشاف القناع، جـ٢، ص ٣٤.

وأيضا فإن القول بأن المقاصة بين الدينين المؤجلين لأجل واحد تؤدى إلى الأخلال فى المساواة بين الغرماء فى الإفلاس والموت والتنازل، فانه حجة ضعيفة ما دام لايؤدى إلى محرم أو مخالفة نص كما أن الفقه الإسلامى قد أقر امتيازات لبعض الدائنين على بعض مادامت المصلحة العامة والائتمان بين الناس يستوجبه، مثال ذلك المرتهن فى الرهن وحق حابس العين فى العين المحبوسة(١).

شروط الأجل
فى القانون المصرى

اشترط القانون المدنى المصرى فى مادته ١/٣٦٢ م م.

استحقاق الدينين للأداء لوقوع المقاصة القانونية.

«للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن» فيجب أن يتعادل الدينان من حيث استحقاقهما للأداء فإذا كان أحدهما منجزا والآخر مؤجلا فلاتجوز المقاصة بينهما أو بين دينين مؤجلين سواء اتفق أجلهما أو اختلف لعدم استحقاق وفاء الدين فيهما، وذلك، لأن الدين المنجز أقوى من الدين المؤجل ومن الدين المعلق على شرط أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بعد.

ولأن المقاصة وفاء إجبارى وجب لوقوعها بين الدينين المتقابلين أن يكون كل من هذين الدينين مستحق الأداء.

لأن إجبار المدين على الوفاء بالدين لايجوز إلا إذا كان مستحق الأداء والدين لايكون مستحق الأداء إذا كان مضافا إلى أجل(٢).

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٤٥٢ ، النظرية العامة للعقود والموجبات للاستاذ صبحى محمصانى، جـ٢، ص ١٥٣ ، د. ليلى عبد العزيز، ص ٢٩٠.

(٢) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقص، ص ٤٩٢، ط ١٩٥٧.

وبناء على هذا:

إذا كان أحد الدينين مؤجلا جاز لصاحبه أن يرفض الوفاء به قبل حلول الأجل، سواء كان الأجل محددا، أو غير محدد، وكذلك إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لأنه إذا امتنع وقوع المقاصة بسبب الأجل رغم إنه لايؤثر فى وجود الالتزام فأولى أن يمتنع وقوعها بسبب الشرط الواقف الذى يقضى الالتزام نفسه[١].

فاذا كان الدين مضافا إلى أجل، فإنه لايصلح للمقاصة ولابد من حلول الأجل حتى يصبح صالحا ويحل الأجل بانقضاء مدته، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه.

فإذا انقضت مدة الأجل أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين فقد أصبح الدين صالحا للمقاصة.

ويحل الأجل أيضا بسقوطه، ويسقط بشهر إفلاس المدين أو شهر إعساره. وكذلك إذا ضعفت التأمينات «م ٢٧٣م» ، فإذا سقط الأجل للسببين الآخرين، ضعف التأمينات، أو عدم تقديم التأمين الموعود به فقد حل الدين وأصبح صالحا للمقاصة.

أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره، فإن الدين يحل أيضا ولكنه لا يكون صالحا للمقاصة وذلك لأن المدين بعد شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه، والمقاصة ضرب من الوفاء، فلا يقع بعد الإفلاس أو الإعسار[٢].

ولايلزم أن يكون الدينان مستحقى الأداء فى مكان واحد فاختلاف مكان

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ١٠٥٠، بند ٥٣٧ ، أحكام الالتزام، د. عبد الحى حجازى، جـ٣، ص١١٣.

(٢) السنهورى، جـ٣، ص ١٠٥٢، ف ٥٣٧ ، النظرية العامة للالتزام، د. أنور سلطان، جـ٢، ص٤٣١، سنة ١٩٦٣م .

الوفاء لايمنع من وقوع المقاصة.

فـاذا كـان أحد الدينين مـسـتـحق الدفع فى الأسكندرية مـثـلا والآخـر فى بيروت فإن التمسك بحرفية النص المصرى القديم كان يحول دون وقوع المقاصة فى هذه الحالة.

أمـا الرجوع إلى روح التـشريع وحكمـة المقـاصـة مع الاسـتـرشـاد فى ذلك بنص القانون الفرنسى فإنه يسمح فى هذه الحالة بالقول بوقـوع المقـاصـة على أن يعوض الدائن الذى نشأ حقه أولا عن الضرر الذى أصابه بسبب اختلاف مكان الوفاء.

وقـد نص التـقنين المدنى المصـرى الجـديد على ذلك فى المادة ٣٦٣ حـيث قال: «يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك[١].

غـيـر أن الأجل القـضـائى «نظرة الميـسـرة» التى يمنحـهـا القـاضى للمـدين يعتبر منحة للمدين لاحقا له فلا يضعف حق الدائن من حيث جواز المقاصة فيه.

وقد نصت المادة ٢/٣٦٢ على أن: «لايمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن».

والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا إلى القول أن المشرع وقد استوجب أصلا استحقاق الدينين للأداء شرطا لاتقع المقاصة القانونية دونه إلا أنه قد استثنى الحالة التى يتأجل فيها وفاء أحد الدينين لأن المدين حصل على نظرة ميسرة من القاضى أو الدائن فلم يجعل من حصول الدائن عليها مانعا يحول دون وقوع

(١) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٤٠، سنة ١٩٨٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٧٥ ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ص ٤٩٢، ٤٩٣.

المقاصة القانونية[١].

لأن القاضي قد منحها للمدين على اعتباره غير قادر على الوفاء بدينه فورا، فإذا تبين أنه قادر على الدفع والوفاء فإنه لاوجه لانتظار انقضاء الأجل الذى يمنحه القاضي، فتقع المقاصة القانونية قبل انقضائه.

وكذلك الحكم بالنسبة للأجل الذى يمنحه الدائن للمدين ذلك أن الأجل إذا كان قد منح فى هذه الحالة أو تلك إنما منح لعدم مقدرة المدين على الوفاء، فإذا صار دائنا تحققت ميسرته ولم يعد للأجل ما يبرره[٢].

ومن التعسف أن يضار الدائن من حسن رعايته للمدين فيمتنع عليه اقتضاء دينه عن طريق المقاصة.

غير أنه لايحول دون وقوع المقاصة أن يكون أحد الدينين معلقا على شرط فاسخ ولكن إذا تحقق الشرط اعتبرت المقاصة كأن لم تكن وجاز لمن كان التزامه بسيطا أن يطالب بالوفاء به[٣].

وبالموازنة بين ماورد فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى بخصوص شرط تماثل الدينين فى الحلول والتأجيل. نجد أنه:

أولا: يتفق كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى فى أن المقاصة الجبرية تقع بين دينين حالين مستحقى الاداء.

وتمتنع المقاصة إذا كانت بين دين حال ودين مؤجل أو بين دينين مؤجلين لأجلين مختلفين.

---

(١) النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٦ ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون. د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٤١، سنة ١٩٨٥م ، النظرية العامة للالتزام، د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤٣١ ، الوسيط، جـ٢، ص ١٠٥٢.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٣٢.

ثانيا: يختلفان فى وقوع المقاصة الجبرية عندما يكون الدينان مؤجلين لأجل واحد، فذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى جواز المقاصة الجبرية بينهما وهو أحد قولى الشافعية والمالكية والحنابلة.

وهذا القول له وجاهته فى الحياة العملية والتجارية خاصة فى وقتنا الحاضر[1].

أما القانون المدنى المصرى فقد منع وقوع المقاصة القانونية فى هذه الحالة وهو ما ذهب إليه المذهب الحنفى وأحد قولى الشافعية.

(١) د. ليلى عبد العزيز، المرجع السابق،

الشرط الثالث: قابلية الدين لوقوع المقاصة فيه:

الأصل فى الفقه الإسلامى أن حق الدائن متعلق بجميع أموال المدين ما دام الدين مستويا فى القوة مع غيره من بقية الديون، وأن أموال المدين ضامنة الوفاء بديونه، فاذا كان الدينان المتقابلان متماثلين فى الجنس والصفة والقوة سقطا قصاصا.

إلا أن الفقهاء فى المذاهب المختلفة استثنوا من هذا الأصل بعض المال للمدين بحيث لايسمح للدائن أن يستوفى حقه منه، وبالتالى يمنع وقوع المقاصة فيه.

وهذا الاستثناء من الأهمية بمكان حيث أن الإنسانية تقتضى أن يترك للمدين من ماله مايكفى قوته وكذلك مسكنا يأويه فلا يحجر عليه ولايتم منه قضاء الدين مهما بلغت ديونه ومهما تراكمت باعتبار أن هذه حاجات ضرورية يستلزمها وجوده على قيد الحياة. والشارع الحكيم بهذا الاستثناء يفضل داعى الانسانية والعدالة وحفظ النفس على قضاء الدين الذى هو فرض على المدين، وأن العدالة السماوية تأبى أن يموت الشخص جوعا بسبب اضطراره إلى الوفاء بديونه.

ولقد قرر الشارع الإسلامى أن الحجر على أموال المدين له حدود معينة لايتعدى الحجر إلى الأموال اللازمة لاستمرار حياته وتعتبر من حاجاته الضرورية.

ومن ثم فان مثل هذه الأموال لايتم منها وفاء دينه فلا تقع فيها المقاصة باعتبار أن المقاصة وفاء للدين.

ومن هنا كان هذا الشرط أساس فى المقاصة.

وعليه، فلا تقع المقاصة الجبرية إذا كان الدين داخلا فى نطاق حاجات المدين الضرورية أو تعلق به حق للغير وإن كانت تقع طلبية أو رضائية حسب

الأحوال.

وعلى ذلك إذا كان للمدين في ذمة دائنه دين هو ضروري لإحياء نفس المدين ونفقة من يعول، فلا يجوز للدائن أن يمتنع عن دفع هذا الدين بناء على المقاصة الجبرية بين هذا الدين والدين الذى له فى ذمة المدين.

وقد ورد فى المجلة العدلية تحت المادة ٩٩٩ مانصه: «وإن كان للمدين ثياب ثمينة وكان يمكن الاستغناء بما دونها باعها الحاكم واشترى له من ثمنها ثياب رخيصة واعطى باقيها للغرماء أيضا، وكذلك إذا كان له دار وكان يمكنه الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها دارا مناسبه لحال المدين واعطى باقيها للغرماء.

مقدار المال والمتاع الذى لايمكن للدائن أن يستوفى حقه منه:

تتفق أحكام المذاهب الفقهية فى هذا ويؤخذ هذا من أبواب الحجر على المدين لحق الغرماء وبيان مالا يباع من أموال المدين الضرورية لأن مايمنع من استيفاء الحق منه يمنع به المقاصة ، لأنها وفاء جبرى.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لابد وأن يترك للمدين القدر الكافى لمعيشته وبقائه حيا لايحجر عليه. على اختلافهم فى مقدار ذلك وهل هو مقصور على المأكل والملبس اللازمين لطعامه وكسوته الضرورية، أم يشمل كذلك المسكن الضرورى؟، فمن ذهب إلى أن حاجاته الضرورية المأكل اللازم لبقائه حيا والملبس اللازم ليستتر عورته لم يقع التقاص فى هذا المقدار ولكن تقع المقاصة بين ديون الآخرين ومسكنه.

ومن ذهب إلى أن المسكن يدخل فى حاجاته الضرورية لم تقع المقاصة بين قيمة مسكنه وديون الآخرين عليه.

ويمكن القول بأن الأموال التى لايجوز الحجز والتنفنيذ عليها حرصا من الشارع الحكيم على حياة المدين ومن يعولهم تتمثل فيما يلى:

١- مـايلزم للمـدين ومن يعـولهم من الشيـاب الضـرورية لسـتـر عـورتهم وحمايتهم من حرارة الصيف الملتهبة ووقايتهم من برد الشتاء القارص(١).

٢- مايلزم لنفقة المدين ومن يعولهم ويجب عليه الانفاق عليهم.

٣- مايلزم لسكنى المدين وخدمته.

٤- مايلزم لقيام المدين بمهنته وحرفته(٢).

٥- مايلزم المدين من مفروشات يفرش بها بيته.

٦- حق الميت فيمـا يحتـاج إليه فى تجهيزه ودفنه، فهو حق مقدم على سائر الحقوق والناظر إلى هذه الأمثلة السابق ذكرها يجد أنها تمثل عصب الحياة بالنسبـة لشخص المدين ويقدر أهميـتهـا بالنسبـة له وبالنسبـة لمن يعيش فى كنفه(٣).

وحـاجـة المدين إلى هذه الأمـوال شـديدة ولاغنى له عنهـا فـهى ضـرورية بالنسبة له، ولذلك لايجوز الحجز والتنفيذ عليها وتبعا لذلك لايجوز بيـعهـا جبرا عنه.

فلا تقع المقاصة بين هذه الأشياء وبين ماعليه من دين.

(١) البحر الرائق، جـ٨، ص ٩٥ ، شرح منح الجليل، جـ٣، ص ١٣١ ، الشرح الصغير، جـ٤، ص ٤٦٩ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٤٣٣ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٣٣٠ ، واذا كان للمدين ثياب للزينة خاصة فإن القاضى يبيعها أما أن كان ثياب غالية الثمن فان القاضى يبيعها ويشترى له دونها ويوفى ديونه بما تبقى من فارق الثمن بين الثياب النفيسة التى باعها وبين الثياب التى اشتراها له، وذلك لأن الثياب النفيسة ليست ضرورية للمدين، روضة الطالبين، جـ٤، ص ١٤٥ ، شرح فتح القدير، جـ٧، ص ٣٢٨ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ١٤٥ ، شرح كنز الدقائق، جـ٨، ص ٩٥.

(٢) بلغة السالك، جـ٢، ص ١٢٩ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٥٤ ، روضة الطالبين، جـ٤، ص ١٤٥ ، الشرح الصغير، جـ٤، ص ٤٨٠ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٧٠ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٣٢٧ ، فتح العزيز، جـ١٠، ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ، البحر الرائق، جـ٨، ص ٩٥ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، المبدع، جـ٤، ص ٣٢٣ ، المحلى، جـ٨، ص ٦٣٤ ، جـ٢، ص ١٣٤ ، شرح منتهى الإرادات، جـ٢، ص ٢٨٤ ، شرح النيل، جـ٧، ص ١٦٥ ، ١٦٦.

(٣) المراجع السابقة.

فـأذا كـان للمـدين فى ذمـة دائن ديـن ضـرورى ولازم لإحـيـاء نفس المدين ونفس من يعـوله، فـلا يجـوز للدائن أن يمتنع عن دفـع هذا الدين بحـجـة وقـوع المقاصة الجبرية بين هذا الدين والدين الذى له ذمته.

وكذلك مال المدين الذى تعلق به حق للغيـر مثل المرتهن أو الغرمـاء عند إفلاس المدين فـلا تقع فيـه المقاصة إذا بيعت هذه الأمـوال لغير المرتهن أو لغير الغـرمـاء، وكـان المشـترى له حق قبل الراهن أو المفلس لعدم قـابليـة هذه الأموال لوقوع المقاصة فيها لتعلق حق الغير بها وعلية(١).

موقف القانون المدنى من هذا الشرط:

إذا كانت القواعد العامة فى القانون المدنى تقضى بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه.

وهذا يعنى أنه يجوز للدائنين الحجز والتنفيذ على أى مال مملوك للمدين سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا.

إلا أن هناك أموالا لايجوز الحجز والتنفيـذ عليها رغم أنها مملوكة للمدين وقابلة للتصرف فيها بالبيع ونحوه.

وهذه الأموال هى تلك الأموال اللازمة لحياة المدين ومن يعولهم.

وقـد استـثنى القـانون هذه الأمـوال من الضـمـان العـام المقرر للدائنين على أموال مدينهم نظرا لحاجة المدين الشديدة إليـهـا حيث أن هذه الأموال تـعـتـبـر من الضروريات الأساسية اللازمة لحياة المدين ولحياة من يعولهم.

ومن هنا لايختلف ما ورد فى التشريع القانونى عن التشريع الإسلامى فى هذا من حيث المبدأ إذ نظر إلى المدين نظرة شفقة ورحمة، وذلك لأن المقاصة وفاء اجـبـارى ومـعـروف أن الدائن لايسـتـطيـع أن يجـبـر المدين على الـوفـاء من الأمـوال

---

(١) منتهى الإرادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

التي لا يجوز الحجز عليها.

والحق الذي لا يجوز الحجز عليه يعتبر أقوى من الحق القابل للحجز فلا تجوز المقاصة بينهما.

ولقد قررت نصوص القانون الوضعي المتعددة عدم جواز الحجز على أموال المدين التي يحتاج إليها وتتمثل فيما يلي:

١- ما يلزم المدين ومن يعولهم من الفراش والثياب المملوكة لهم.
٢- ما يلزم المدين ومن يعولهم من الغذاء لمدة شهر.
٣- ما يلزم لقيام المدين بمهنته وحرفته.
٤- ماهيات موظفي الدولة ومستخدمي الحكومة وفروعها ومرتباتهم وأجورهم ومكافآتهم ومعاشاتهم ومن في حكمهم من العمال والمستخدمين.
٥- المبالغ المخصصة للنفقة أو للصرف منها.

وهذه الأموال في مجموعها تمثل ما يحتاجه المدين في معيشته أو مهنته أو صنعته وما إلى ذلك من الأشياء التي لا غنى له ولعائلته عنها، وعدم جواز الحجز على هذه الأموال يرجع إلى رغبة المشرع في الرحمة بالمدين ومن يعولهم المدين من أفراد عائلته حتى لا يكون المدين سبباً في تجريدهم من ملابسهم وفراشهم وإلحاق الأذى بهم.

ونص المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات على أنه: لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجته وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر(١).

(١) قواعد التنفيذ في القانون الأهلي والمختلط د. فتحي والي ص ٦٤، مبادئ التنفيذ، د. محمود هاشم ص ٢٣٦، قواعد التنفيذ القضائي د. وجدي راغب ص ٤٠، دروس في التنفيذ الجبري د. حامد أبو طالب ص ٢٧٣، النظرية العامة للتنفيذ القضائي د. وجدي راغب ص ٣٠٣، محل التنفيذ في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي د. عبد الحكم شرف ص ٧٥٧، قواعد التنفيذ الجبري أ.د. عزمي عبد الفتاح ص ٣٠٣، أصول التنفيذ أ.د. أحمد ماهر زغلول ص ٣٩٢، القواعد العامة للتنفيذ أ.د. أمينة النمر، ص ١٨٨، ١٨٩، ١٨.

ونصت المادة ٤٨٤ من قانون العقوبات على ذلك أيضا.

ونصت المادة ٤٨٥ من هذا القانون أيضا على أنه: «لايجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها ومصاريف صيانتها أو منفعة مقررة».

١- الكتب اللازمة لمهنة المدين أو أدوات الصناعة التى يستعملها بنفسه لعمله.

٢- العتاد الحربى المملوكة له إذا كان من العسكريين مع مراعاة رتبته.

٣- الحبوب والدقيق اللازمين لقوته هو وعائلته لمدة شهر.

٤- جاموسة أو بقرة أو ثلاث من الماعز أو النعاج مما ينتفع به المدين وما يلزم لغذائهم لمدة شهر والخيار للمدين.

ونصت المادة ٤٤٨ على أنه: «لايجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر إلى ما عداها من الديون».

كذلك نصت المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى على بعض الأموال التى يجوز للشخص النزول عنها للغير كحق الاستعمال وحق السكنى فى الدار لهذا فلا يجوز للدائن المقاصة بهذه الأموال لامتناع الحجز عليها باعتبارها من المتصلة بشخص المدين(١).

وقد نصت المادة ٣٦٤ من القانون المدنى المصرى على أنه تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

أ- إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده.

(١) الوسيط. جـ٣، ص ٩٠٠.

وهم يقررون أن الاختلاف فى وصف الجودة والرداءة مانع من وقوع المقاصة[١].

وبالتطبيق على المثال السابق نجد أن المقاصة لاتقع بسبب الاختلاف فى محل الوفاء فى دين المقاصة.

لأن اختلاف محل الوفاء كاختلاف الجودة أو الرداءة، وكذلك يكون الحكم لو أن أحد الدينين كان له محل وفاء معين، ولم يكن للآخر محل وفاء معين، وللمدين به أن يؤديه حيث يشاء، ولايمكن القول بوقوع المقاصة فى الصورتين مع تعويض من لحقه الضرر من الطرفين لأن حق التسليم فى مكان معين ليس من الحقوق التى يصح الاعتياض عنها.

وقد قال البعلى فى شرحه للاشباه والنظائر لابن نجيم: «أن المسلم إليه إذا سلم فى غير المكان الذى شرط فيه التسليم فلرب السلم أن يأبى».

وذلك لأن المقاصة معتبرة بالوفاء لأنها نوع منه، فما لم يجز فيه عن تراض لايمكن أن يقال بجوازه فيها جبرا.

فلا سبيل إلى القول بوقوع المقاصة الجبرية إذا اختلف محل الوفاء مع تعويض من يلحقه ضرر من وراء هذا الاختلاف[٢].

ولم يظهر لجمهور الفقهاء قولا من هذا عند بيان أحكام المقاصة فى كتبهم المختلفة.

فهذا يدل على أنهم لايعتبرون مكان التسليم شرطا لوقوع المقاصة الجبرية عندهم.

---

(١) المقاصة فى الفقة الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٨٢ ، ٨٣ ، غمز عيون البصائر، جـ١، ص ٣٦٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٣.

والواقـــع:

أن اختلاف محل الوفاء لايترتب عليه اختلاف فى المالية والانتفاع مالم يكن مانعا من وقوع المقاصة الجبرية.

ففى المثال السابق نجد أن اختلاف مكان التسليم ليس له أثر مالى مطلقا، ولو قلنا بمنعها وأوجبنا على المقيم بالاسكندرية أن يسلم ماعليه بأسيوط ثم رد المقيم بأسيوط ما تسلمه إلى الأسكندرية وفاء لما عليه لكان عيثا يحمل كلا منهما متاعب ونفقات لامبرر لها.

وعلى هذا الأساس إذا كان محل التسليم بين الدينين ليس له أثر في قيمة أى منهما أو نقص فى منفعته فأن المقاصة تقع ولاضرر منها طالما ظلت القيمة باقية لانقص فيها.

وما ذهب إليه الحنفية لايمكن التعويل عليه لأنهم ذهبوا بالمقاصة مذهبا يخالف جمهور الفقهاء فى تحديد طبيعة المقاصة.

وإذا أردنا معرفة موقف القانون المدنى المصرى فى اختلاف محل الوفاء نجد أن المادة ٣٦٣ م م تنص على أنه: «يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك»[١].

ومن هذا النص يتضح لنا أنه عندما يجب على كلا المدينين أو أحدهما الوفاء بمحل الدين فى مكانين مختلفين أو فى مكان غير موطن المدين.

وجب على من أراد أن يستفيد من المقاصة القانونية وكان ملتزما بالسداد فى مكان معين وإراد السداد فى مكان غيره أن يدفع للمدين الآخر مثلا المصاريف التى يجب عليه أن ينفقها للحصول على نقود أو بضائع فى المكان

(١) مجموعة الزعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٧١ ، ٢٨٢.

فان هذه الوثيقة هدفها الأول والاخير هو ضمان الوفاء بالدين ومن ثم فان هذا لايمنع وقوع المقاصة الجبرية بين هذا الدين الموثق وبين غيره الغير موثق، إذا تمثلا فى النوع والصفة والأجل، وذلك لأن التفاوت هنا لايرجع إلى طبيعة الدين، بحيث يجعل أحدهما أقوى من الآخر فى هذه الناحية.

فأثر الوثيقة هو ضمان الوفاء ليس إلا ولا أثر لها فى قوة أحد الدينين أو ضعفه.

لأن قوة أحد الدينين أو ضعفه راجع إلى طبيعة الدين نفسه مثل الدين العادى للزوج ودين النفقة الذى عليه، فالدين إذا تم انقضاؤه عن طريق الوفاء فان مهمة الوثيقة تصبح منتهية ولا أثر لها بعد الوفاء.

وكون المقاصة نوعا من الوفاء لايؤثر فيها إلا التفاوت فى الطبيعة فيلزم أن يكون الوفاء الجبرى من ذات الشئ الذى يجب فيه الوفاء فالدائن الذى ارتهن عقارا أو منقولا اذا ثبت فى ذمته للراهن دين مثل دينه الذى فى ذمته وقعت المقاصة الجبرية وانتهى حق الراهن.

والمرتهن لايلحقه ضرر من ذلك لافى أصل الدين ولا فى الوثيقة التى لم تكن إلا لتكفل الوفاء، وقد حصل بالمقاصة، لأن المقاصة تؤدى إلى الفرض الذى من أجله استوثق الدين وهو قضاء الدين.

وكذلك الحال فى الحبس والكفالة[1].

فمن باع متاعا أو عقارا وامسك المبيع حتى يستوفى البائع الثمن وكان المشترى دائن للبائع بمثل الثمن وجنسه فان المقاصة تقع بين الثمن ودين البائع

(=) ١- أنها تعنى تقوية وتأكيد الدين فى ذمة المدين بشئ يعتمد عليه كالكتابة والشهادة.
٢- أنها تعنى تثبيت الدين فى ذمة المدين بشئ معين بحيث يمكن للدائن أن يستوفى دينه منه عند عدم امتناع المدين عن الوفاء وذلك كتوثيق الدين بالرهن أو الكفالة ، وسائل الاثبات، للدكتور/ محمد الزحيلى، ص ٣١.

(١) البحر الرائق، جـ٧، ص ٢٠٩.

ويسقط حق البائع فى إمساك المبيع.

وكذلك الحال فى القانون المدنى المصرى حيث لاتمنع نصوصه أن تقع المقاصة بين دينين أحدهما عادى والآخر مضمون برهن تأمينى، كما لايمنع وجود التماثل فى القانون اختلاف فى شكل السند، فتجوز المقاصة القانونية بين دينين أحدهما ثابت بسند رسمى والآخر فى سند عرفى ولابين دينين أحدهما ثابت فى سند تنفيذ والآخر فى سند لاتتوافر فيه هذه القوة التنفيذية.

فالتفاوت بين الدينين من ناحية كون أحدهما أكثر توثيقا من الآخر لايمنع المقاصة القانونية.

أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعا إلى الطبيعة القانونية للدين كأن يكون أحدهما دين طبيعى والآخر دين مدنى فأن المقاصة لاتقع لعدم التماثل[(١)].

ثالثا: التفاوت فى محل الوفاء:

إذا كان لكل من الدينين مكان معين للوفاء به غير المكان المعين للوفاء بالدين الآخر.

فلو ثبت لرجل على آخر دين هو مائة قنطار من قطن معين عليه تسليمها فى مدينة الأسكندرية، ثم ثبت لهذا المدين على دائنه مائة مثلها عليه أن يسلمها بمدينة أسيوط، فهل تقع المقاصة بينهما.

ذهب الأحناف:

إلى أن مكان تسليم محل العقد فى المكان المتفق عليه حق لصاحبه وهذا الحق جارى مجرى الوصف فى الجودة والرداءة.

---

(١) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، جـ٢، ص ٤٩١ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٣١ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨٩٢.

وأشير هنا بنبذة عن هذه الحالات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

اولا: اختلاف السببين:

لايشترط لوقوع المقاصة الجبرية أن يكون سبب كل من الدينين من نوع واحد.

مثال ذلك:

إذا كان سبب أحد الدينين قرض والآخر ثمن مبيع فأن المقاصة الجبرية تقع بينهما إذا تماثل الدينان ولا أثر لاختلاف السبب فى منعها.

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[1].

وليس من شرط وقوع المقاصة فى الدينين أن يكون سبب كل منهما من الأمور الجائزة غير المحظورة.

فاذا كان سبب أحدهما جائزا كالبيع والآخر محظورا كالغصب أو كان السببان محظورين كالاستهلاك وقعت المقاصة[2].

---

(١) فعند الأحناف: جاء فى البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧: «والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف فان كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا».
وعند المالكية: جاء فى الشرح الكبير على هامش الدسوقى، جـ٣، ص ٢٢٧: «تجوز المقاصة فى دينى العين مطلقا أى سواء كانا من بيع أ قرض أو هما معا أى أحدهما من قرض والآخر من بيع».
وعند الشافعية: «إذا ثبت لشخص على آخر دين وللاخر دين على الأول أما عن جهة واحدة أو جهتين كسلم وقرض وثمن»، فتح العزيز فى شرح الوجيز، جـ١٨، ص ٢٤٧، ومغنى المحتاج، جـ٢، ص ٢٧٩.
وعند الحنابلة: جاء فى منتهى الارادات: «بأن من له دين على غريمه مثل ماله عليه من دين جنسا وقدرا وصفة حالين بأن اقترض ديد من عمرو دينارا مصريا مثلا ثم اشترى عمرو من زيد شيئا بدينار مصرى ... تساقطا. ويؤخذ من هذه النصوص أن اختلاف الاسباب لايؤثر فى وقوع المقاصة.

(٢) فعند الإحناف: جاء فى البحر الرائق فى معرض الحديث عن وقوع المقاصة بالديون(=)

فالسبب المحظور إذا نشأ عنه دين مثل الدين الأول وقعت المقاصة الجبرية ولا أثر لعدم مشروعية السبب فى وقوع المقاصة لأنه:

أولا: يترتب على السبب غير المشروع مثل الغصب دين فى الذمة كضمان للشئ المغصوب تقع فيه المقاصة.

ثانيا: أن السبب واختلافه لايؤثر فى التماثل بين الدينين.

فالدين عندما يستقر فى الذمة يصبح كغيره من الديون التى يجب الوفاء بها شرعا بغض النظر عن سببه حتى ولو كان محظورا.

وقد نص: القانون المدنى المصرى فى المادة ٣٦٢ م م على أن المقاصة تقع أيا كان سبب وجوبها ما عدا حالات معينة نصت عليها المادة ٣٦٤ م م، ومنها إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده ولكن المقاصة تقع فى هذه الحال إن طلبها المغصوب منه من الغاصب فتجوز المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره اثراء بلا سبب.

كما تجوز بين دين مصدره نص القانون ودين مصدره عمل غير مشروع وهذا إذا توافرت شروط المقاصة التى نص عليها القانون[١].

ثانيا: التفاوت فى الوثيقة[٢]:

إذا كان أحد الدينين موثقا بوثيقة تضمن الوفاء به مثل الرهن أو الكفيل

(=) عند اختلاف الأسباب «وحكم المغصوب كالودية» البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧، الفتاوى الانقروية، جـ١، ص ٣١١، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص ٥٠، وقال صاحب جامع الفصولين: «أن رب الدين لو أتلف مال مديونه وكان من جنس دينه يصير قصاصا بدينه وأن لم يتقاصا».

(١) النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٣٣، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ص ٤٩٢.

(٢) التوثيق فى اللغة: هو الاحكام، يقال وثقت الشئ توثيقا فهو موثق أى أحكمته، لسان العرب، جـ١٠، ص ٣٧١، معجم مقاييس اللغة، جـ٦، ص ٨٥، أما فى اصطلاح الفقهاء، فله معنيان: (=)

ب- إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده.

جـ- إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز.

فلا بد إذن لوقوع المقاصة من أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز، حتى يمكن إجبار صاحبه على وفاء دينه به فتصح المقاصة فيه.

أما إذا كان احد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز امتنعت المقاصة كدين النفقة ورواتب الموظفين إلى الحد المقرر امتناع الحجز عليه كما سبق بيانه.

مثال ذلك:

إذا اقرض زوج زوجته مبلغا من المال، ثم حكم لها بالنفقة عليه، لم تقع المقاصة بين حق الزوج الناشئ من القرض ودين النفقة المتوجب عليه ويجب فى هذه الحالة أن يوفى بدين النفقة ثم يرجع بحقه على زوجته.

وعلة ذلك:

ترجع إلى أن المقاصة تؤدى إلى استيفاء جبرى وهى نفس النتيجة المترتبةعلى الحجز.

فاذا كان الحجز غير جائز فكيف تقع المقاصة[1].

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز لم تقع المقاصة.

مثال ذلك:

أن يكون للمدين دين نفقة فى ذمة دائنه فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن

---

(١) د. محمد لبيب شنب، رقم ٣٨٦ ، ص ٣٨٧ ، د. عبد المنعم الدراوى، رقم ٣٨٠، ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٣.

دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذى له فى ذمة المدين، ذلك أنه لايستطيع أن يستوفى حقه من دين النفقة وهو دين غير قابل للحجز.

كذلك لاتقع المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز، ودين مقابل، كما إذا كان صاحب العمل دائنا للعامل بما قدمه له من مأكل وملبس وسكنى ونحو ذلك.

فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون(١).

وبهذا يتفق التشريع الوضعى مع ما ورد فى الفقه الإسلامى من أحكام بشأن اشتراط قابلية كل من الدينين لاستيفاء الحق منه والأموال التى لايجوز الحجز عليها.

الحالات التى تقع فيها المقاصة
مع عدم وجود التماثل

هناك بعض الحالات التى لايتحقق فيها التماثل بين الدينين ولكن انعدام هذا التماثل لايمنع من وقوع المقاصة الجبرية على الرغم من وجود هذا الخلاف.

وهذه الحالات هى:

أولا : اختلاف السببين.
ثانيا: التفاوت فى الوثيقة.
ثالثا: التفاوت فى محل الوفاء.
رابعا: التفاوت فى سماع الدعوى.
خامسا: خلو الدينين من النزاع.

---

(١) م ٢/٨ من قانون اصابات العمل، السنهورى، جـ٣، ص ١٠٥٣ ق ٥٣٨ ، الاستاذ/ عبد الحى حجازى، جـ٣، ص ١٠٨ ، ١٠٩.

الذى كان من المفروض أن يحصل فيه الوفاء بتلك النقود أو بهذه البضائع.

وما ذهب إليه القانون المدنى المصرى له وجاهته فى الحياة العملية والقول بغير ذلك يقلل من الفوائد الكثيرة والعديدة للمقاصة القانونية[١].

رابعا: التفاوت فى سماع الدعوى:

الأصل الذى سار علية الفقهاء هو: أن جميع الديون الثابتة فى الذمة صحيحة لاتسقط عن ذمة المدين قضاء أو ديانة مهما طال عليها الزمن حتى تنقضى بأحدى الطرق التى ينقضى بها الدين.

إلا أن المتأخرين من الفقهاء: ذهبوا إلى القول بمنع القاضى من سماع الدعوى التى مر عليها مدة من الزمن كانت مستحقة للمطالبة فيه.

إلا أن هذا المنع لايعنى انقضاء الدين فهو موجود فى الذمة إلا أن الدائن يمنع من رفع الدعوى[٢]، وعلى المدين أن يوفيه لصاحبه ديانة وإذا ظفر صاحبه بمثله حل له أخذه.

فاذا تماثل الدينان فى الأوصاف المعتبرة فى المقاصة الجبرية وكان أحدهما تسمع به الدعوى والآخر مضى عليه الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى فأن المقاصة الجبرية تقع ولايمنعها هذا التفاوت بين الدينين لأن كلا منهما باق فى الذمة لم يسقط، وإن عدم سماع الدعوى لايرجع إلى قوة الدين أو طبيعته بل يرجع إلى طريق من طرق استيفائه.

والحكم كذلك إذا كان كل من الدينين قد مر عليه الزمان المقرر لسماع الدعوى، ولافائدة لهذه المقاصة سوى براءة كل منهما فى الواقع وأن القضاء بهذا غير ميسور.

(١) أحكام الالتزام، للدكتور/ سليمان مرقس، جـ٢، ص ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، النظرية العامة، للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٤٣٣ ، الوسيط، جـ٣، ص ٩٠٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٧٤ ، ٢٧٥.

(٢) غمز عيون البصائر، جـ١، ص ٣٩٦ ، ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٥٦.

ومن هنا نرى مدى فائدة المقاصة فى الفقه الإسلامى بالنسبة إلى وسائل الوفاء الأخرى[١].

فعدم صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء لايعتبر شرطا لوقوع المقاصة الجبرية فى الفقه الإسلامى لأن الدين لايسقط بالتقادم.

والتفاوت فى سماع الدعوى لايؤثر فى قوة الدين ديانة.

أما فى القانون المدنى المصرى فينبغى لوقوع المقاصة القانونية أن يكون كلا الدينين صالحا للمطالبة به قضائيا.

وعلى ذلك فلا مجال لوقوع هذه المقاصة، لو كان أحد الدينين طبيعيا وليس مدينا لأن قوتهما مختلفة م ٢/٣٦٢ مدنى مصرى[٢].

فالالتزام الطبيعى لايجبر المدين به على الوفاء والمقاصة وفاء إجبارى للمدين فيتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعى[٣].

وإذا كان أحد الدينين قد مضيت عليه مدة التقادم فانه لايصلح للمقاصة حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاما طبيعيا، فان الدين الذى مضت عليه مدة التقادم لايصلح للمطالبة به قضاء لأنه قابل للدفع بالتقادم[٤] ولا يصلح الدين الذى مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به فى دين آخر حتى لو كان هذا الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم والذى يحدث فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم فيسقط الدينان معا ولكنهما يسقطان بالتقادم لابالمقاصة وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لايصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر لأن الالتزام

(١) د. ليلى عبد العزيز ص ٢٠٧.

(٢) النظرية العامة للالتزام ا د. أنور سلطان جـ٢ ص ٤٣٢.

(٣) النظرية العامة للالتزام ا د. توفيق حسن فرج جـ٢ ص ٢٤١.

(٤) النظرية العامة للالتزام ا د. عبد المنعم البدراوى جـ٢ ص ٣٩٥.

الطبيعى لايقاص فى التزام طبيعى مثله[١] لأن الالتزام الطبيعى لايجبر المدين على الوفاء به والمقاصة وفاء اجبارى للدين فتتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعى.

وبناء على هذا الشرط يجب أن يكون كل من الدينين مزودا بدعوى وأن لايكون هناك دفع قطعى يعطل المطالبة بكل من الدينين لأن المقاصة وفاء اجبارى لذلك فانها لاتجوز إلا فى دين يمكن إجبار المدين على الوفاء به[٢].

وبمقارنة ما ورد فى الفقه الإسلامى بما ورد فى القانون المدنى نجد أن الفقه الإسلامى باعتباره تشريعا دينيا ينظم ما يتعلق بالحياة الدنيا والآخرة.

لذلك فان الحق فيها باق لصاحبه لاينقضى إلا بوفائه فاذا امتنعت الدعوى فان ذلك لايؤثر على ذات الحق بل على أحد وسائل وفائه، فاذا وجدت وسيلة أخرى للوفاء وكانت صحيحة جائزة لأن برأة الذمة فى الشريعة الإسلامية مطلوبة فى الدارين الدنيا والآخرة وأن على المدين أن يوفيه ديانة[٣].

فالحق فى الفقه الإسلامى لاينقضى إلا بالوفاء أو الإبراء.

أثر التفاوت فى الإثبات بين الدينين:

فى الفقه الإسلامى لايؤثر التفاوت فى الاثبات، بين الدينين فتقع بينهما المقاصة الجبرية إذا تماثلا فى النوع والصفة والأجل، لأن الدين الذى لا بينة عليه هو دين قائم فى ذمة المدين شرعا وعليه أن يوفيه ديانة.

وعدم وجود دليل على هذا الدين ومحاولة الفرار منه لاأثر لهما فى طبيعة هذا الدين ولايضعفان من قوته.

---

(١) السنهورى، جـ٣، ص ١٠٤٣ ، فقرة «٥٣٥» ، أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص٣٣٧ ، ط ١٩٩٠ الفتح.

(٢) النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٢.

(٣) د. ليلى عبد العزيز، ص ٣٠٨.

فالتفاوت فى الإثبات بين الدينين لايرجع إلى قوة الدين أو طبيعته وإنما يرجع إلى التفاوت فى أدلة وجود الدين فاذا كان أحد الدينين معترفا به أو منكرا وعليه بينة وكان الآخر منكرا ولا بينة عليه وقعت المقاصة جبرا[١] وكذلك تقع المقاصة بين الدينين إذا كان كل منهما منكرا ولا بينة عليه وفائدتهما براءة كل منهما فى الواقع.

وأما من ناحية الحكم القضائى:

فان المقاصة الجبرية لاتقع إذا أصر الدائن أمام القضاء على طلب دينه ولم يستطع الطرف الاخر أن يثبت دينه ليقضى له بالمقاصة ، فان ذلك يؤدى إلى امتناع المقاصة.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فان التفاوت فى الإثبات يؤدى إلى عدم التماثل بين الدينين ومن ثم يؤدى إلى عدم وقوع المقاصة القانونية.

وهذا راجع إلى كون هذا القانون لاينظم إلا ما يتصل بحياتنا الدنيا فقط.

وبناء على هذا إذا كان أحد الدينين منكرا وليس لصاحبه من أدلة الإثبات ما يثبته به.

فأن المقاصة القانونية لاتقع بينه وبين الدين الآخر الثابت بالأدلة ، لأن المقاصة القانونية وفاء إجبارى.

وطبيعة الدينين هنا مختلفة فلا تقع المقاصة بين دين قوى ودين ضعيف.

والدين الذى لايصلح للمطالبة به قضاء لايجوز اجبار المدين على الوفاء به.

(١) المقاصة فى الفقه الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٩١.

خامسا: خلو الدينين من النزاع:

فى الفقه الإسلامى لايشترط لوقوع المقاصة الجبرية خلو الدين أو الدينين من النزاع.

فاذا كان أحد الدينين معترفا به والاخر متنازعا فيه أو كان كل منهما متنازعا فيه فأن المقاصة الجبرية تقع صحيحة فى الفقه الإسلامى.

وذلك لأن المقاصة تقوم على حقيقة الدين والدين المتنازع فيه موجود فى ذاته، والفصل فى النزاع هو إظهار للواقع الموجود لا إنساء له.

فاذا طالب الدائن بدينه فادعى غريمه أنه قد ثبت له على دائنه دين مساو له ووقعت المقاصة بينهما فلاحق له فى ذلك ويجب الحكم بوقوع المقاصة ورفض الدعوى.

فاذا نازع فى هذا الدائن وجب على القاضى أن يسير فى هذا الدفع حتى إذا أثبت المدعى عليه ذلك حكم بأن المقاصة قد وقعت منذ تلاقى الدينان.

والأمر فى هذا كالزمر فى دعوى حقيقة الوفاء ولافرق بينهما من الناحية الموضوعية[١].

خلو الدينين من النزاع فى القانون المدنى المصرى:

لاتقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينان متقابلين ومتماثلين فى المحل إلا إذا كان كل منهما خاليا من النزاع[٢].

والمراد بخلو الدينين من النزاع أمران:

أولا: أن يكون هذا الدين محققا لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين.

(١) المقاصة فى الفقة الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٩٠ ، ٩١.

(٢) مجلة المحاماة، القسم المدنى، ص ٤٤٣.

ثانيا: أن يكون الدين معلوم المقدار.

ولابد من اجتماع هذين الأمرين فى كل من الدينين، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الاجبارى، ولايجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار.

فاذا كان هناك ثمة شك أو خلاف حول وجود أحد الدينين: «كالدين الناشئ عن الفعل الضار يتوقف على ثبوته مسئولية الفاعل ثم تقدير مبلغ التعويض قضاء أو اتفاقا، وكدين الوصى على القاصر أو العكس قبل تصفية الحساب» أو مقداره فلا تتحقق المقاصة إلا منذ الوقت الذى يتوصل فيه صاحب هذا الدين إلى إثبات وجوده أو تعيين مقداره قضاء أو اتفاقا.

والغرض من هذا الشرط هو منع المدين من اثارة منازعة مصطنعة فى دين ثابت حتى يحول دون وقوع المقاصة[١].

ولاشك فى أن الدين المنازع فيه دين غير ثابت وهو أضعف من الدين الثابت فلا تستحق المقاصة بينه وبين دين ثابت، كذلك إذا كان الدين غير مقدر كالتعويض قبل تقديره، فان عدم معرفة مقداره يحول دون التنفيذ به ووقوع المقاصة بينه وبين دين آخر مقدر لأن المقاصة تقع فى قدر معلوم من الدين، والنزاع الذى يمنع من وقوع المقاصة هو النزاع الجدى القائم على أساس لاأى نزاع يثيره المدين بقصد منع المقاصة.

وحتى إذا كان النزاع جديا، فان ذلك لايمنع الدائن من أن يرفع بحقه دعوى فرعية فى الدعوى الأصلية الموجهة إليه، حتى يفصل القاضى فى النزاع.

---

(١) النظرية العامة للالتزام، د. انور سلطان، جـ٢، ص ٤٣٠، النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٤٠، أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣٣٥، ط سنة ١٩٩٠ الفتح، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٥، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٢، ونقض مدنى ١٥ يونية سنة ١٩٤٤، مجموعة عمر، رقم ١٥٣، ص ٤٢٢.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة ... قائمة على أساس ليكون الدين متنازعا فيه.

أو هى مما حكه من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة.

وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزعم ... دين متنازع فيه.

وقاضى الموضوع يفصل فى النزاع ويجرى المقاصة بين الدينين ... مقاصة قضائية».

وكل دين غير محقق الوجود، يكون فى حكم الدين المتنازع فيه، فلا مقاصة بين دينين أحدهما معلق على شرط واقف حتى ولو كان الدين الآخر مثله معلقا على شرط واقف.

وذلك لأن المعلق لايوجد حتى يتحقق المعلق عليه فما دام الشرط الواقف لايتحقق فان الدين يعتبر غير موجود، ولايعرف إذا كان سيوجد، أم لا إذ أن الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وكذلك الحال إذا كان الدين مستقبلا أو احتماليا، فانه لايكون مؤكدا فى وجوده، وبالتالى لايصلح للمقاصة القانونية مع دين آخر يكون مؤكدا فى وجوده.

بالإضافة إلى أن المقاصة فيها معنى الوفاء الإجبارى ولاجبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل ان يتحقق الشرط.

أما الدين المعلق على شرط فاسخ فانه لايحصل الدين المعلق به غير قابل للمقاصة مع دين مؤكد الوجود.

إذ الدين المعلق على شرط فاسخ هو دين مؤكد الوجود وإن كان بقاؤه غير مؤكد فاذا تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود

يأثر رجعى[١].

والدين الغير معلوم المقدار والذى يمنع من وقوع المقاصة هو الدين الذى يتوقف تعيين مقداره على تسوية معقدة أو على تقدير خبير كما يحدث فى تصفية الشركات والتركات.

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لاخلاف فيها، سهلة الاجراء، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولاينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة فان الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة[٢].

وبالموازنة بين ماورد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى فكما سبق قلنا إن المقاصة تقوم على حقيقة الدين وواقع الأمر.

والدين المتنازع فيه موجود فى ذاته فتقع فيه المقاصة صحيحة وما الفصل فى النزاع إلا إظهار للواقع الموجود وهذا ماقال به الفقه الإسلامى ولذلك فهو الراجح.

أما الدين الغير محقق الوجود فان امتناع المقاصة فيه هو لعدم وجوده وهذا موضع اتفاق بين ماورد فى الفقه الإسلامى وما جاء به رجال القانون المدنى.

ثانيا: المقاصة الجبرية الطلبية:

إذا توافرت المقاصة الجبرية وقعت بين الدينين المراد إجراء المقاصة بينهما.

والغرض من هذه الشروط هو تحقيق العدالة التى شرعها الله سبحانه

(١) النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٦ ، ٤٣٢ ، الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٨٩٤.

(٢) السنهورى، جـ٣، ص ١٠٤٨ ف ٥٣٦ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٩٥ ، مجلة المحاماة - القسم المدنى، ص ٤٤٣ ، جـ١، سنة ١٩٤٦ م .

وتعالى وذلك عن طريق جعل كل من طرفى المقاصة فى مركز متساو مع الطرف الاخر، كى لايستوفى أكثر مما يجب له على الطرف الآخر منعا للضرر.

ولكن هناك حالات يكون فيها أحد الطرفين فى مركز أقوى من الطرف الاخر ورغم ذلك صرح الفقهاء بوقوع المقاصة فى هذه الحالات.

ولكنهم اشترطوا تحقيقا للعدالة ومنعا للغبن رضا صاحب المركز الأقوى ويكون هذا الرضا منه تنازلا عن حقه فى الأفضلية.

مثال ذلك:

دين النفقة على الزوج ودين الزوج علي الزوجة فلقد اعتبر الفقهاء دين النفقة دين ضعيف ودين الزوج على زوجته دين قوى ويتوقف وقوع المقاصة بين دين النفقة ودين الزوج علي طلب الزوج فقط. فاذا طلب المقاصة وقعت جبرا على الزوجة.

توضيح هذا المثال:

زوج مدين لزوجته بدين النفقة. يقول الفقهاء فى هذا الدين بأنه دين ضعيف لسقوطه بموت الزوجة ولاينتقل إلى الورثة، فاذا ما حدث وكانت الزوجة مدينة لزوجها بعد هذا الدين دينا عاديا وأقوى من دين النفقة بدليل أنه لايسقط بموت الزوج وينتقل إلى ورثته فيحق لهم مطالبة الزوجة به.

فهنا نكون أمام دينين من الممكن قيام المقاصة بينهما دين ضعيف هو دين النفقة ودين قوى هو دين الزوج على زوجته.

ويقول الفقهاء أن هذين الدينين لاتقع بينهما مقاصة إلا برضا صاحب الدين القوى وهو الزوج، فاذا طلبها وقعت جبرا على الزوجة ، أى أن وقوع المقاصة متوقف على رضا أحد الطرفين فقط فاذا طلبها وقعت جبرا على الطرف الآخر[١].

---

(١) البحر الرائق، جـ٤، ص ١٩٢ ، الأم، جـ٧، ص ٤٠٠.

ويعد هذا منه تنازلا عن حقه فى الأفضلية وهذا لامانع منه شرعا.

أما إذا لم يطلبها أحد فلا تقع المقاصة كذلك إذا طلبها غير صاحب الحق. فيدخل فى ذلك الطرف الآخر من المقاصة والوصى ناظر الوقف، لأن الطلب هنا تنازل عن الحق فكل من لم يحق له التنازل عنه لايجوز له أن يطلب المقاصة لأن الطلب حينئذ لاقيمة له من حيث انه طلب وإنما القيمة الحقيقية هى إسقاط الحق برضا صاحبه بذلك الإسقاط الذى كان مانعا من وقوع المقاصة الجبرية[1].

ومن هنا سميت بالمقاصة الجبرية الطلبية لأن الشارع طلب رضا صاحب الدين الأقوى فقط ولأنها تقع جبرا على الطرف الذى يكون فى وضع أدنى.

ويمكن تعريف المقاصة الجبرية الطلبية بناء على ذلك.

بأنها هى المقاصة التى تقع بين دين ضعيف ودين قوى ويتوقف وقوعها على طلب صاحب الدين القوى، فاذا طلبها وقعت جبرا على الطرف الآخر صاحب الدين الضعيف.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المقاصة الطلبية تقع فى الحالات التى تسمح ديونهابأن يكون أحدهما فى وضع أفضل من الآخر أما إذا كان الاختلاف لايؤدى إلى جعل أحد منهما أفضل من الآخر، فانه لايمكن القول بالمقاصة الطلبية أو المقاصة الجبرية.

مثال ذلك:

إذا كان أحدهما له على الآخر دينا دراهم وللآخر عليه دين دنانير فان اختلاف الجنس هنا لايؤدى إلى جعل أحدهما أفضل من الآخر عند من يقول أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان[2] فلمن يعطى حق طلب المقاصة أهو صاحب الدراهم أو صاجب الدنانير؟

(١) المدخل ونظرية العقد، الشيخ عيسوى احدم عيسوى، ص ٤١٧ ، ٤١٨.
(٢) الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة.

أن الطرفين فى وضع متساوٍ، لذلك يتطلب الأمر رضا كل منهما فى وقوع المقاصة، فلا يمكن أن تقع جبرية أو طلبية.

أما فى الديون التى تجعل أصحابها أحدهما فى وضع أفضل من الآخر هنا يقول الفقهاء بالمقاصة الطلبية.

وقد حصرها الفقهاء فى:

أ- اختلاف الدينين فى القوة والضعف.
ب- اختلاف الدينين فى الجودة والرداءة.
جـ- وقوع المقاصة بدين الكتابة.

ويشترط فى المقاصة الطلبية ما يشترط فى المقاصة الجبرية وهذه شروط عامة يجب توافرها فى كل صور المقاصة أن يكون كل من طرفيها:

أ- دائن ومدين.
ب- دائن ومدين له فى نفس الوقت.

وأن يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر بصفته الأصلية.

كذلك يشترط لوقوع المقاصة الطلبية توافر أركان المقاصة.

واتحدث عن المقاصة الجبرية الطلبية فى النقاط الآتية:

١- موقف الفقهاء من المقاصة الطلبية.
٢- الحالات التى يكون فيها أحد الدائنين أفضل من الآخر وبالتالى تكون محلا للمقاصة الجبرية الطلبية.
٣- أثر الإرادة الواحدة فى إنشاء الالتزام.

أولا: موقف الفقهاء من المقاصة الطلبية:

اختلف الفقهاء فى القول بوقوع المقاصة الجبرية الطلبية إلى مذهبين:

المذهب الأول:

وهو لجمهور الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية وابن مفلح من الحنابلة.

فقد قالوا بوقوع المقاصة الطلبية عند تخلف شروط المقاصة الجبرية المحصورة فى «تماثل الصفة أو الأجل».

ومن خلال النظر فى نصوص الفقهاء الواردة بكتبهم يتضح لى أن المقاصة الطلبية هى التى يطلب فيها رضا الدائن «صاحب الفضل» فاذا تخلف رضاه لاتقع المقاصة الطلبية.

وأنه لا اعتبار لرضا الطرف الآخر الذى حقه أقل فانها تقع عليه جبرا[١].

---

(١) ١- فعند الأحناف: فإذا تفاضلا «أى الدينين» بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضى احدهما بالنقصان وأبى الآخر فإنه ينظر إن أبى صاحب الفضل لايصير قصاصا وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصا»، البحر الرائق، جـ٤، ص ١٩٢، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ١٨٩؛ المبسوط، جـ٢، ص ١٦٦.

٢- وعند المالكية: جاء فى حاشية العدوى على المحقق: «ان المقاصة اذا طلبها من حل دينه أو كان دينه أجود من الآخر»، حاشية العدوى، جـ٤، ص ١٤٣، ط ١ سنة ١٣٠٨ هـ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٤٩، بلغة السالك، جـ٢، ص ١١٨.

٣- وعند الشافعية: جاء فى الأم: «ولكن لو حرق السيد للمكاتب مائة صاع مثل حنطته والحنطة التى على المكاتب حالة كانت قصاصا وإن كره السيد ذلك فان كان خيرا أو شرا من حنطته لم تكن قصاصا حتى يرضى المكاتب إذا كانت الحنطة المحرقة خيرا من الحنطة التى عليه أن يجعلها قصاصا أو يرضى السيد أن يجعلها قصاصا اذا كانت الحنطة التى حرق شرا من الحنطة التى له على المكاتب»، الأم، جـ٧، ص ٤٠٠، ط ١، الوجيز للغزالى، جـ٢، ص ٢٩٢، شرح المنهاج للشربينى، جـ٤، ص ٥٣٤.

٤- وعند الحنابلة: جاء فى الفروع، جـ٢، ص ٥٧٥: «ومن ثبت له على غريمه مثل ماله عليه قدرا وصفة وحالا ومؤجلا، تساقطا أو بقدر الأقل وعنه برضاهما وعنه أو أحدهما» فقوله «أو احدهما» أى برضا أحدهما.

والمقاصة الطلبية هى التى لاتقع بنفسها بل تقع بعد طلبها من أحد الطرفين.

وقد اختلف المالكية بعد ذلك فيمن يطلبها.

فذهب بعضهم إلى أن القول هو قول من دعا إليها فيقضى له بها وهذا هو المشهور فى المذهب.

وروى زياد عن مالك أن القول قول من دعا إلى عدمها وهذا يعنى أنها لاتكون طلبية بل تكون اتفاقية تستلزم رضا الطرفين لوقوعها وإلا منعت عند زياد[١].

المذهب الثانى:

وهو للظاهرية والإمامية ، فالظاهرية لم يقولوا بالمقاصة الطلبية، وعند الإمامية، المقاصة صورتين فقط: قهرية تقع من غير طلب ولا رضا ، أو رضائية يلزم لوقوعها رضاء الطرفين[٢].

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء: نجد أن معظم الفقهاء قالوا بالمقاصة الطلبية وهى التى تتطلب رضا أحد طرفيها فقط.

وهذا القول هو الذى يجب الأخذ به تسهيلا للناس وتحقيقا للفائدة التى اجيزت المقاصة من أجلها.

---

(١) مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٤٩ ، حاشية البنانى، جـ٥، ص ٢٣٠ ، المقاصة، محمد سلام مدكور، ص ١٠٧.

(٢) قال صاحب جوهر الكلام: «فان كان المالان متساويان جنسا ووصفا تهاترا قهرا سواء كانا نقدين أو مثلين أو عرضين ، وإن كانا مختلفين جنسا أو وصفا ولو بالحلول أو التأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيمين لم يحصل التقاص إلا برضاهما » ، جواهر الكلام، جـ٦، ص ٥٧٧، المحلى، جـ٨، ص ٢٠٩.

موقف القانون المدنى المصرى:

المقاصة فى القانون المدنى المصرى أنواع ثلاثة فهى إما قانونية أو اتفاقية أو قضائية، وتحدثت عن المقاصة القانونية فيما مضى وهى التى لم يعنى المشرع إلا بها حيث نظم شروطها واحكامها.

وتسمى المقاصة الاتفاقية أحيانا بالمقاصة الاختيارية وتقع بارادة ذوى الشأن فى الحالة التى يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية، بحيث يتجاوز عنه من تقرر هذا الشرط لمصلحته ، وتعتبر المقاصة الاختيارية أدق من الاتفاقية والتعبير عنها بالإرادية أفضل لأنه يشمل ما يتم منها بالاتفاق أو بارادة أحد الطرفين(١).

ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية باتفاق الطرفين ويحدث ذلك لو أن الشرط الذى تخلف من شروط المقاصة كان مقررا لمصلحة طرفيها ، كما إذا تخلف شرط تماثل الدينين فى المحل، فقد يكون محل أحد الدينين مقدارا معينا من القطن ويكون محل الدين الآخر نقودا أو مقدارا معينا من القمح فهنا لاتجرى المقاصة القانونية بين الدينين لعدم التماثل فى المحل ولكن يجوز الاتفاق على وقوع المقاصة بين الدينين على الرغم من ذلك.

ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية ايضا بارادة أحد الأطراف ويتحقق ذلك إذا كان شرط المقاصة القانونية الذى تخلف يقصد منه مصلحة هذا الطرف ويمكن أن تتصور ذلك إذا كان أحد الدينين مضافا إلى أجل والأجل لمصلحة المدين حيث يجوز للآخير التمسك بالمقاصة بين دينه وماله من حق مستحق الأداء(٢).

فاذا كان الأجل مقررا لمصلحة الطرفين، كان من اللازم أن يتم التراضى

---

(١) أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٨، دار الفكر العربى، والوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٩٣٥ ، بند ٥٥٧.

(٢) المرجع السابق.

بينهما على النزول عنه.

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به كالالتزام الطبيعي وبالتالى لاتقع المقاصة القانونية، وتمسك الملتزم به بالمقاصة مع التزام مدنى فى ذمة الطرف الآخر تحققت مقاصة اختيارية.

فالمقاصة الاختيارية:

هى مقاصة تقع بإرادة ذوى الشأن لابحكم القانون ، ومثل هذا الاتفاق سائغ تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد(١).

وقد أوردت المادة ٣٦٤ م م حالات تمنع وقوع المقاصة القانونية.

وبالنظر فى الفقرة الأولى والثانية نجد أنه إذا امتنع وقوع المقاصة القانونية فيهما إلا أنه لايمتنع وقوع المقاصة الطلبية إذا تحققت شروطها ، لأن المانع ورد لمصلحة أحد الطرفين، فإذا تنازل هذا الطرف عن حقه وقعت المقاصة جبرا على الآخر.

فيجوز للمودع والمعير الذى تقرر لصالحهم عدم إمكان المقاصة القانونية أن يجرى كل منهم المقاصة الاختيارية.

أما المانع الذى ورد ذكره فى الفقرة (جـ) من المادة ٣٦٤ ، وهو عدم جواز المقاصة فيما لايجوز فيه الحجز فيعتبر من الموانع المطلقة التى لاتجوز معها المقاصة أيا كانت صورتها لأن حماية حياة الشخص مقدمة على وفاء دينه حتى ولو كان الوفاء برضائه.

ومثال الحقوق التى لايجوز الحجز عليه إلا فى حدود معينة أجور الخدم

(١) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٥١ ، النظرية العامة للالتزام، د.بعد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٠٨، دروس فى أحكام الالتزام، د. محمد لبيب شنب، ص٤٤٤.

والصناع والعمال ومرتبات المستخدمين، فهذه لايجوز الحجز عليها إلا بمقدار الربع «م ٤٤٨ مرافعات» وكذلك الحال بالنسبة لما نصت عليه المادة ٥٢ من قانون العمال الصادر ١٩٥٩/١٩[1].

ثانيا: الحالات التي يكون فيها أحد الدائنين أفضل من الآخر وبالتالي تصلح أن تكون محلا للمقاصة الطلبية.

قد يتقابل الدينان ويكونا من جنس واحد ونوع واحد إلا أنهما مختلفان في الصفة مما جعل الدينين غير متماثلين قيمة ويكون أحدهما أفضل من الآخر أو خيرا منه وهنا لاتقع المقاصة الجبرية ولوقوع المقاصة الطلبية الجبرية اشترط الفقهاء أن يطلب صاحب الدين الأفضل وقوع المقاصة.

ويتحقق التفاضل عند اختلاف الدينين ومن ثم يكون أحد الدائنين أفضل من الآخر في الآتي:

أولا: القوة والضعف:

عرفنا أن الدين القوى هو الذى لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء مثل الدين العادى «دين الزوج على الزوجة».

أما الدين الضعيف فإنه يسقط بغير هذين الحالتين أيضا كالموت والإفلاس فكل دين يسقط بأكثر من الأداء والإبراء يكون ضعيفا ومهددا بالسقوط مثل دين النفقة فانه أضعف من الدين العادى حيث إنه يسقط بالطلاق أو الموت أو مرور شهر عليها من غير رضاء الزوج أو طلب القضاء وكذلك دين الكتابة لأنه يسقط بالتعبير فاذا كان أحد دينى المقاصة ضعيفا مثل دين المريض مرض الموت أو دين النفقة وكان الدين الآخر فى المقاصة قويا مثل دين الزوج على الزوجة.

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٩٣٤ ، النظرية العامة للالتزام، د. حامد سلطان، جـ٢، ص ٤٣٩ ، د.ليلى عبد العزيز، ص ٣٢٣.

هنا يقول الفقهاء بعدم وقوع المقاصة الجبرية لعدم تماثل الدينين فى القوة أو الضعف. وطلب الفقهاء لكى تقع المقاصة أن يطلبها من كان دينه أقوى مثل الزوج أو صاحب دين الصحة[1].

وأشير فيما يلى إلى:

أ- المقاصة بدين النفقة للزوجة.

ب- المقاصة بدين الكتابة.

أ- المقاصة بدين النفقة للزوجة:

نفترض أن للزوجة دين نفقة متجمدة على زوجها ، وللزوج دين صحيح على زوجته فرغب كلاهما أو احدهما فى اجراء المقاصة بين دينه ودين الآخر. فهل تقع المقاصة بين الدينين

أعرض هنا لرأى الفقهاء فيما يلى:

أ- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الزوجة دين صحيح «أى قوى» وتجب على الزوج لزوجته ولاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء شأنها فى ذلك شأن الديون الصحيحة، ذهب إلى هذا المالكية والشافعية[2] ومن ثم تقع المقاصة عندهم بين دين الزوج ودين النفقة جبرا ودون رضا الزوج.

ب- أما الحنابلة: فقد قالوا إن دين النفقة لايحتسب عليها مع عسرتها ولاتقع المقاصة بين دين الزوج على زوجته ودين النفقة[3].

ويفهم من كلامهم هذا أن الزوجة إذا كانت موسرة وقعت المقاصة جبرا بين دين النفقة ودين الزوج دون رضا من الزوج من المالكية والشافعية.

---

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ١، ص ٥١٤ ، الوجيز للغزالى، جـ٢، ص ١١٤.

(٣) كشاف القناع، جـ٢، ص ١٣٤ ، شرح منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.

جـ- أما الاحناف: فدين النفقة إما أن يكون صحيح أو غير صحيح، ودين النفقة يكون غير صحيح إذا كانت النفقة بغير اقرار من القاضى أو لم يتم التراضى عليها، أو لم يأذن الزوج لزوجته بالاستدانة.

فان كان دين النفقة صحيحا وتحول من دين ضعيف إلى دين قوى، فان المقاصة تقع جبرية على الطرفين، إذا تماثلا فى الشروط الأخرى، لتساوى الدينين فى القوة.

وإذا كان دين النفقة غير صحيح: فالحال لايخلو.

أ- إما أن يكون الزوج هو الذى طلب المقاصة، وهنا يجاب الزوج وتقع المقاصة جبرا على الزوجة وذلك لأن دينه أقوى من دينها ورضاها هنا ليس محل اعتبار وبطلب الزوج صار الدينان متماثلين.

أما إن كان طالب المقاصة هى الزوجة فلا يستجاب لطلبها إلا إذا رضى الزوج بذلك لأن دينها اضعف من دينه(١).

ثانيا: المقاصة بدين الكتابة(٢):

المكاتب لايعتق إلا بأداء ماعليه من الكتابة أو أن يبرئه سيده منه، ودين الكتابة ضعيف لأنه يسقط بموت المكاتب قبل الوفاء به(٣).

وعند الحنفية: تقع المقاصة إذا طلبها المكاتب فى دينه.

وقد ورد القول بالمقاصة الطلبية عند اختلاف الدينين فى القوة والضعف عند جمهور الفقهاء(٤).

---

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧ ، حاشية الطحاوى على الدر المختار، جـ٣، ص ١٤٠.

(٢)

(٣) جاء فى الأم: «فان مات المكاتب قبل وفاء مكاتب مات رقيقا وماله لسيده»، الأم، جـ٨، ص ٧٥ وما بعدها.

(٤) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٤، ص ٣٩٩.

ثانيا: الاختلاف فى الجودة والرداءة:

إذا كان لأحد الدائنين حنطة من نوع جيد وللآخر حنطة من نوع أقل جودة، فإن صاحب الحنطة الجيدة يكون فى مركز أفضل من ناحية المديونية عن الدائن الآخر. ولاتقع بينهما المقاصة الجبرية لأنها وفاء جبرى فيجب أن يكون الدينان متماثلين حتى لاتكون اعتداءا على أحدهما لمصلحة الآخر.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كان الدينان قد تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون وأبى صاحب الأفضل لايصير قصاصا فإن أبى صاحب الأدون تصير قصاصا ، لأن صاحب الأفضل لاتجوز بدون حقه وأسقط حقه فى الجودة[١].

وهذا معقول لانه من المقرر أن لصاحب الحق فى الجودة أن يسقط حقه فيها ومتى سقط هذا الحق أصبح دينه مثل الدين الآخر فيلتقيان قصاصا بنفسهما بعد زوال المانع من ذلك.

ومن هنا سميت المقاصة طلبية جبرية، لطلبها من صاحب الحق الأجود وجبرية لأنها تقع جبرا على صاحب الحق الأقل جودة[٢].

ثالثا: الاختلاف فى الحلول والتأجيل:

عرفنا مما سبق أن شروط المقاصة الجبرية اتفاق الدينين فى حلول أجل كل منهما أو أجلهما إلى أجل واحد حسب الرأى الراجح.

لكن الأمر يثور فى حالة الاختلاف فى الحلول والتأجيل.

والحال لايخلو إما أن يكون الدينان مؤجلا لأجلين مختلفين أو يكون

---

(١) المبسوط، جـ٢، ص ١٦٦ ، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦ ، رد المحتار، جـ٤، ص ٢٤٩ ، الأم، جـ٧، ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، الأنوار، جـ٢، ص ٥٢٨ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٧، شرح الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣٠.

(٢) البحر الرائق، جـ٦، ص ١٧٨.

أحدهما حالا والآخر مؤجلا.

فإذا كان لأحمد دين على محمد مقداره مائه جنية مؤجله إلى أول رمضان ولمحمد عليه مائة جنيه إلى أول ذى الحجة من نفس العام فإن المقاصة لاتقع بينهما لاجبرية ولاطلبية إلا إذا وقع اتفاق برضاهما معا على حلول أجلهما، لأن اختلاف الأجل يؤدى إلى عدم التماثل بين الدينين بالنسبة إلى الطرفين وعدم التماثل هذايؤدى إلى عدم وقوع المقاصة.

والمقاصة ضرب من الوفاء والوفاء لايكون إلا لدين مستحق الأداء[١] وأيضا فإن الأجل حق لكل منهما وكل منهما يهدف من وراء أجله مصلحة اعطاها الشارع إياهما فلا يحرمان من هذه الميزة الشرعية.

والناظر فى كتب الأباضية والشيعة والإمامية يجد أنهما اشترطا التماثل بين الدينين بصورة مطلقة واختلاف الأجل يؤدى إلى اختلاف التماثل[٢].

أما إذا كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا ، فان المقاصة الجبرية لاتقع لأن المقاصة أداة وفاء وإبراء لذمتيهما معا وفى الدين المؤجل لم يحل وقت الوفاء بعد حتى ولو كان أحد الدينين قد حل وقت أدائه.

كما أنه لاوجه لحرمان المدين بدين مؤجل من الانتفاع بأجل دينه الذى منحه له الشارع.

والقول بوقوع المقاصة عند اختلاف الأجل يكون فيه ضرر لصاحب الدين الحال.

وقال المالكية إن الدينين إذا كانا حالين أو كانا مؤجلين واتفق الأجل وطلب أحدهما المقاصة يقضى بها، وأجاوزا للمدين بدين مؤجل دون الدائن أن يطلب

---

(١) الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤ ، الأم، جـ٧، ص ١٢١.

(٢) شرح النيل، جـ٤، ص ١٢ ، جواهر الكلام، جـ٦، ص ٥٥٧.

المقاصة بين دينه المؤجل وحقه المستحق الأداء فيقضى له بها وتكون المقاصة حينئذ واجبه على الطرف الآخر بشرط أن يكون الدين المؤجل مما يجوز تعجيله حسب قواعد مذهبهم[(١)].

ويكون صاحب الدين المؤجل هنا قد اسقط حقه فى الأجل وهذا لامانع منه.

وقال الشافعي فى الأم: إذا حق للمكاتب دين على مكاتب وكانت كتابته غير حالة لم تكن قصاصا ما لم يشأ المكاتب ذلك دون سيده لأن دين المكاتب حال ودين السيد مؤجل[(٢)]، فالشافعية يقولون أن المقاصة تقع إذا كان أحدهما مؤجلا والاخر حالا وطلبها من كان دينه مؤجلا.

وعند الحنفية: لم يذكروا حكم المقاصة عند تنازل صاحب الدين المؤجل عن أجله مما يدل على أنهم يطبقون على ذلك حكم سقوط الأجل بالتنازل.

حيث جاء فى جامع الفصولين: «انما يصح الاسقاط قبل مجئ الأجل وإسقاط الأجل إنما يصح من صاحب الأجل ومن له الأجل يستبد بأسقاطه لأنه خالص حقه»[(٣)] فإذا ما أبطل أحد الدائنين أجله فأن الدين يصبح حالا ومتماثلا مع الدين الآخر الحال وعليه فان المدين فى طرفى المقاصة إذا ما طلب المقاصة وكان دينه مؤجلا فانه بهذا الطلب يسقط حقه فى الأجل وتقع المقاصة جبرا بعد هذا الإسقاط.

وإبطال الحق، أى حق كان، كما يكون صريحا يكون ضمنا.

فإذا طلب المدين المؤجل طلب دينه المقاصة كان هذا إبطالا للأجل وتركا للحق فيه ومتى بطل الأجل وصار الدين حالا وقعت المقاصة.

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٩٨، العدوى على الخرشى، جـ٤، ص١٤٣.
(٢) الأم، جـ٧، ص ٣٩٨ ، ٣٩٩.
(٣) جامع الفصولين، جـ٢، ص ٣٢٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠٦.

وعلى هذا فإن المقاصة لاتقع بين الدين الحال والآخر المؤجل إلا إذا رضى صاحب الدين المؤجل بوقوعها وطلبها دليل على تنازله عن الأجل(١).

اثر الإرادة الواحدة فى إنشاء الالتزام

اتفق الفقهاء على أن الإرادة المنفردة تنشئ التصرف الذى يترتب عليه التزام من جانب واحد ما دام إنه غير متوقف على شئ آخر.

فاذا أقدم شخص على عمل شئ فيه التزام له من غير أن يوقف على التزام أو قبول من جانب آخر كان ملزما ما دام قد أظهره بأداة من أدوات التعبير.

ومن أمثله ذلك فى الفقه الاسلامى: الوقف والطلاق والابراء:

فالوقف: التزام من جانب الواقف يوجد ويتحقق بمجرد صدور العبارة الصحيحة منه ولايتوقف على قبول من الموقوف عليه. لأن القبول ليس ركنا فى الوقف ولاشرطا فى صحته ولافى استحقاق الشئ الموقوف(١).

وتشبه المقاصة الطلبية التصرفات التى تتم بإرادة واحدة مثل الوقف، فالمقاصة الطلبية متوقفة على ارادة واحدة هى ارادة احد الطرفين وهو من كل وضع أفضل من الطرف الآخر.

فكما يجوز للشخص التنازل عن حقه فى الشفعة بمجرد أن يقول تنازلت عن حقى.

يجوز كذلك لصاحب الدين الأفضل التنازل عن حقه المانع من وقوع

(١) م ٢٣٠ من مرشد الحيران، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦ ، ٢١٧.

(٢) الفقه الاسلامى للشيخ عيسوى احمد عيسوى، ص ٤١٨ ط دار التأليف، المدخل للاستاذ، محمد سلام مدكور، ص ٥٧٢ ، ط١.

(١)

المقاصة الطلبية جبرية وهنا بمجرد تنازله تقع المقاصة الطلبية ولايتوقف وقوعها على إرادة الطرف الآخر.

ويشترط لصحة هذا التنازل أن يصدر من إرادة سليمة صادرة من ذى أهلية صالحة لهذا الالتزام.

وسيتم بيان ذلك فى المقاصة الاتفاقية.

وقد جعل القانون المدنى المصرى الإرادة المنفردة من مصادر الالتزام وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد تنتج آثارا قانونية مختلفة فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية كالوصية والنزول عن حق الرهن وحق الانفاق وحق الحبس(١).

فأحكام القانون المدنى مثل الفقه الإسلامى تجيز المقاصة الطلبية وذلك بأن ينزل من كان المانع قد روعيت فيه مصلحته، فيتم إجراء المقاصة بارادة أحد الطرفين دون الآخر وهو من كان المانع لصالحه.

وإذا نازع الطرف الآخر فى وقوعها فى هذه الحالة يرفع الأمر للقاضى وحكم القاضى هنا مقرر فقط لأن المقاصة الطلبية لاتتوقف على حكم القاضى.

فالمقاصة الطلبية تتوقف على إرادة الطرف الذى يتمسك بها وهو صاحب الدين الأفضل ولاتتوقف على حكم القاضى، لذلك يكون وقوعها نهائيا إذا ما تمسك بها.

من هذا يتبين لنا أن الفقه الإسلامى يوافقه القانون المدنى فى جعل الإرادة المنفردة منشئة للالتزام وليس ذلك فى جميع التصرفات بل فى التصرفات التى لاتتوقف على الإيجاب والقبول.

---

(١) م ٢٢٨ م م ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص ٣٣٩.

والمقاصة الطلبية فيها إسقاط لحق الأفضلية فيطبق عليها قاعدة التصرف بالإرادة المنفردة وهى إرادة الطرف الذى يكون فى وضع أفضل فى المقاصة.

المقاصة الاتفاقية

المقاصة الاتفاقية هي التى لاتقع إلا إذا رضى بها طرفا المقاصة ولاتقع بدون رضاهما، بل إنها لاتقع وإذا رضى بها أحدهما دون الآخر لذا سميت بالمقاصة الاتفاقية . فهى لاتقع جبرا عليهما كما فى المقاصة الجبرية أو على أحدهما كما فى المقاصة الطلبية.

فالمقاصة هنا هى عنصر مزدوج ، وهو بيع ما فى الذمة بما فى الذمة.

ويلزمنا دراسة هذه الصورة وتوضيحها لما لها من أهمية فى حياتنا اليومية ولما لها من شأن كبير فى المعاملات لابين الأفراد فحسب بل أيضا بينهم وبين مرافق الدولة كالبنوك وبين الدولة بعضها مع بعض.

وقد قال الفقهاء بهذه الصورة من المقاصة عند تخلف أحد الشروط الخاصة بالمقاصة الجبرية وهو كون الدينين ليسا من جنس واحد كأن يكون أحدهما من الدراهم والاخر من الدنانير، فاذا كان الدينان من جنس واحد كأن كانا من الدنانير أو من الدراهم وقعت المقاصة جبرا.

لكن إذا كان أحدهما من الدنانير والثانى من الدراهم فان المقاصة لاتقع إلا باتفاقهما على وقوعها فاذا اتفقا على وقوعها وكان أحدهما محبوسا به عين انقضى هذا الدين المحبوس به بالمقاصة الاتفاقية وانقضى تبعا لذلك الحق فى الحبس.

والقواعد التى تحكم المقاصة الاتفاقية تنحصر فى قواعد تفسير العقود.

مدي حرية المتعاقدين في إبرام العقود:

اختلف الفقهاء فى مدى حرية المتعاقدين فى ابرام العقود إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الأصل هو الحظر إلا ما ورد به الشرع وأجازه وذهب إلى ذلك أهل الظاهر[١].

القول الثانى:

الأصل هو الحل والإباحة إلا ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه ذهب إلى ذلك الحنابلة وخاصة ابن تيمية[٢].

القول الثالث:

وهو وسط بين القولين الأول والثانى، ويتوسعون فى العقود أكثر من الظاهرية حين قالوا بالقياس والآثار.

والقول بأن كل ما لم ينه الشرع عنه فهو مباح استصحابا للأصل هو الأقرب للصواب.

وذلك لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[٤].

فالآية الأولى لم تشترط لصحة العقد إلا أن يكون قد صدر من العاقدين بالرضا والاختيار، والثانية أوجبت الوفاء بلك عقد دون استغناء، ولايكون الوفاء بالعقد لازما إلا إذا كان صحيحا[٥].

---

(١) الاحكام فى اصول الأحكام، جـ٥، ص ٣٢.
(٢) فتاوى ابن تيمية، جـ٣، ص ٣١٣.
(٣) سورة المائدة الآية: ١.
(٤) سورة النساء الآية: ٢٩.
(٥) الموافقات للشاطبى، جـ٢، ص ٣٠٥.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فكل عقد توافرت أركانه وكانت إرادة العاقد حرة كان صحيحا.

فسلطة الإرادة هى الأساس فى إنشاء العقد وآثاره التى تترتب عليه.

وبالموازنة بين ماورد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى نجد أن الفقه الإسلامى ينظر إلى هذا الموضوع نظرة أخرى عن القانون المدنى وأن إرادة المتعاقدين وإن كانت هى التى تنشئ العقد حقا إلا أن الشريعة تتدخل فى ترتيب مالكل عقد من حكم وآثار.

لهذا يقول الفقهاء بأن العقود أسباب جعلية شرعية لأحكامها وآثارها(١).

وأتحدث عن المقاصة الاتفاقية فيما يلى:

أولا: موقف الفقهاء من المقاصة الاتفاقية:

ثانيا: صورة المقاصة الاتفاقية.

ثالثا: شروط المقاصة الاتفاقية.

اولا: موقف الفقه الإسلامى من المقاصة الإتفاقية:

يمكن حصر آراء الفقهاء فى المذاهب الآتية:

١- المذهب الأول:

أن المقاصة تقع اتفاقية فى كل صورها حتى إذا كان الدينان متماثلين ولا تقع جبرية أو طلبية.

ذهب إلى هذا بعض الفقهاء وهم الفقيه ابن أبى ليلى، وأبو الفرج الرزاز

(١) كشف الأسرار على اصول البزدوى، جـ٢، ص ٦٧٨ ، فتاوى ابن تيمية، جـ٣، ص٣١٤ ، ٣٣٥.

من الشافعية وصاحب الفروع من الحنابلة وابن زياد من المالكية[١].

٢- المذهب الثاني:

المقاصة تقع اتفاقية عند تخلف شرط التماثل بحيث لايكفى لتعويض هذا التخلف رضا طرف واحد ذهب إلى هذا الأحناف[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] وبعض فقهاء الحنابلة[٥]، والإمامية[٦].

٣- المذهب الثالث:

عدم جواز المقاصة مطلقا حتى ولو كان هناك اتحاد فى الجنس والصفات والحلول. وهذا قول عند الشافعية وقد احتجوا بأن هذا إبدال دين بدين وبيع الدين منهى عنه فلا بد أن يأخذ أحدهما ما على الآخر ليخرج عن صورة بيع الدين بالدين لنهى الرسول عن بيع الكالئ بالكالئ[٧].

وهذا الرأى مرجوح لأن الإمام أحمد ضعف هذا الحديث وكذلك الإمام الشافعى[٨].

---

(١) الأم، جـ٧، ص ١٢١ ، باب المداينات ، أول طبعة ، فتح العزيز، جـ١٨، ص ٢٤١ ، مخطوط بالأزهر ، الفروع لابن مفلح، جـ٢، ص ٥٧٥، بمكتبة الأزهر ، البنانى على شرح الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣٠.

(٢) جاء فى البحر الرائق: «والدينان إذا كانا من جنسين لاتقع المقاصة بينهما مالم يتقاصا أى يتراضا عليها» البحر الرائق، جـ٧، ص ٢١٧، ط أولى، حاشية الطحاوى على الدر المختار، جـ٣، ص ١٤٠ ، ١٤١.

(٣) جاء فى حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٢٧: «فغالب احوالها الجواز وأما وجوبها فقليل»، الخرشى على المحقق، جـ٤، ص ١٤٣ ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٥٠.

(٤) الأم، جـ٧، ص ٤٠٠.

(٥) المشهور عندهم أن المقاصة الاتفاقية تقع فى حالات ضيقة خوفا من بيع الكالئ بالكالئ والحنابلة يتشددون فى بيع الدين بالدين، المغنى، جـ٩، ص ٣٢٥ ، كشاف القناع، جـ٢، ص١٣٤.

(٦) المقاصة عندهم أما زن تكون قهرية أو اتفاقية ولاثالث لهما، جواهر الكلام، جـ٤، ص ١٧٧.

(٧) فتح العزيز شرح الوجيز، جـ١٨، ص ٢٤٠ مخطوط بمكتبة الأزهر.

(٨) اعلام الموقعين مع هادى الارواح، جـ٢، ص ٩٠.

ويمكن رد المذهب الأول بأن المقاصة تقع جبرا على الطرفين إذا توافرت الشروط، أما إذا تخلفت شروط المقاصة الجبرية فتكون اتفاقية تقع برضا الطرفين.

ومن استعراض نصوص الفقهاء فى القول بالمقاصة الاتفاقية، نجد أن الفقهاء قالوا بها دون خلاف يذكر الا عند الحنابلة حيث قالوا أن المقاصة الاتفاقية تقع فى حالات ضيقة، وكذلك منعها رأى عند الشافعية.

ومن هنا يكون الفقهاء قد عرفوا هذا النوع من المقاصة باعتباره طريقا من طرق الوفاء بالحق، فاذا اختلف الجنسان، فلو كان لشخص مائة درهم ولهذا الأخير مائة دينار عليه فان تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير، ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم مابقى منها(١).

والمقاصة هنا عقد تم بين إرادتين، بينهما توافق وهو عقد تبادلى توافر لطرفيه أهلية صدور التصرف عنهما.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فلم نجد بين نصوصه تنظيما للمقاصة الاتفاقية لذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة للعقد، ومدى حرية الشخص فى التعاقد.

ولايشترط لجوازها إلا وجود التراضى وصحة صدوره ممن هو أهل له.

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٧.

صور المقاصة الاتفاقية

للمقاصة الاتفاقية صورتان:

الأولى : الاتفاق على المقاصة بعد نشؤ سبب دينى.

الثانية: الاتفاق على المقاصة قبل نشؤ سببى دينهما.

اولا: الاتفاق على المقاصة بعد نشؤ «سببى دينى المقاصة» :

إذا وجد دينين متقابلين، تخلف فيهما شروط المقاصة الجبرية أو قام مانع يمنع من وقوع المقاصة الجبرية بينهما.

فاتفق الطرفان فى هذه الحالة على إيقاع المقاصة بين دينيهما.

مثال ذلك:

أن يقرض أحدهما الآخر مبلغا قدره مائة درهم ويحدث أن يشترى المقرض من المستقرض سلعة تقدر بعشرة دنانير فيتفق الطرفان على وقوع المقاصة بين دين القرض، ثمن السلعة بعد قيام عقد القرض، عقد البيع فان الاتفاق بهذه الصورة يعد تنازلا من كل منهما عن الحق الذى له والذى كان مانعا من وقوعها جبرية.

والاتفاق على هذه الصورة: يعتبر تصرفا منشئا لاتصرفا مقررا لأن الأثر يرتبط بالتعبير وصحته فهو تنازل عن شرط أو أجل أو تحويل المحل.

وأهم صور المقاصة الاتفاقية:

فى هذه الحالة هى الاتفاق على صرف مافى الذمة بما فى الذمة عند من قال باختلاف جنس النقد واعتبار النقدين الذهب والفضة جنسان مختلفان.

اولا: صرف مافى الذمة بما فى الذمة:

والصرف لغة: الزيادة كما يأتى بانه النقل[١] والتحويل والتخلية والبيع والمبادلة.

وشرعا: عند الاحناف اسم لبيع الاثمان المطلقة بعضا ببعض[٢].

وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه بيع الذهب بالفضة أو احدهما بفلوس[٣].

وعند الشافعية: هو بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره[٤].

وعند الحنابلة: هو بيع الأثمان بعضها ببعض[٥].

وقد اختلف الفقهاء فى جواز صرف مافى الذمة بما فى الذمة على رأيين:

الرأى الأول:

ذهب الأحناف والمالكية إلى جواز صرف مافى الذمة بما فى الذمة.

لأن اشتراط قبض أحد العوضين احتراز عن الكالئ بالكالئ واشتراط قبض الآخر احتراز عن الربا وهذا غير متحقق فى المقاصة.

---

(١) المعجم الوسيط، جـ٢ مادة تصرف ، لسان العرب لابن منظور، جـ٩، ص ١٨٩، دار صادر بيروت ١٩٥٦م - ١٣٧٥هـ ، الصحاح للجوهرى، جـ٢ مادة صرف، ط ١٢٩٢هـ المطبعة الكبرى العامرة ، تاج العروس للزبيدى، جـ٦ مادة صرف، ط ١ بالمطبعة الخيرية مصر ١٣٠٦هـ.

(٢) بدائع الصائع، جـ٧، ص ٣١٨ مطبعة الإمام.

(٣) الفواكه الدوانى لابن مهنا النفراوى، جـ٢، ص ١١٢ ، ط ٣ مصطفى الحلبى ١٣٧٤هـ سنة ١٩٥٥م ، حاشية الرهونى، جـ٥، ص ٩١، ط ١ م الاميرية ببولاق مصر سنة ١٦٠٣هـ.

(٤) مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٢٥ ، ط مصطفى الحلبى، ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م.

(٥) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٤، ص ١٧٧ ط السيد رشيد رضا ط ٢ سنة ١٣٤٧هـ.

لأن المقاصة قبض الشخص من نفسه وهذا لاحرج فيه وكذلك لاربا فى دين يسقط وإنما الربا فى دين يقع الحظر فى عاقبته ويخشى ضياعه فلو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات الحظر ثم ان مافى الذمة كالحاضر فيتقاصا[١].

وجاء فى بداية المجتهد لابن رشد: «واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفا وهى فى الذمة، فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا»[٢] وشرط الحلول هنا حتى لايكون من بيع الدين بالدين[٣].

وذهب كذلك الإمامية والإباضية إلى جواز الصرف بما فى الذمة إذا كان لأحدهما على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم وكذا سائر سكة الذهب والفضة وإن لم يتقابضا.

معللين ذلك بأن النقدين من جنس واحد وأن مافى الذمة بمنزل قبض بيد من هو فى ذمته.

الرأى الثانى:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بعدم جواز صرف مافى الذمة بما فى الذمة[٤] إن حلا أو لم يحلا.

ويرى ابن القيم وشيخه ابن تيمية جواز ذلك إلا فى حدود ضيقة وحجتهم أنه غائب وإن لم يجز غائب بناجز كان الأجدر ألا يجوز غائب بغائب[٥].

---

(١) العناية على هامش فتح القدير، جـ٥، ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦ ، الفتاوى الانقورية، جـ١، ص ٣١١.

(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ١٩٨ ، الخرشى على مختصر خليل، جـ٤، ص ١٤٣.

(٣) اعلام الموقعين مع حادى الارواح، جـ٢، ص ٨٩.

(٤) الأم، جـ٣، ص ٣٣ ، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ١٧١.

(٥) اعلام الموقعين، جـ٢، ص ٩ ، ١٠.

وأرى ترجيح ماذهب إليه الأحناف والمالكية وهو القول بجواز صرف ما فى الذمة بما فى الذمة.

لأنه ليس هناك مانع شرعى فى ذلك لأن المقاصة إسقاط ولا ربا فى دين يسقط وإنما الربا فى دين يقع الحظر فى عاقبته وأن مافى الذمة كالحاضر والاتفاق على المقاصة كان يقبض كل منهما ماله على صاحبه من نفسه فتقع المقاصة جائزة وليس هناك أى محظور بل على العكس هى تخفيف على الناس فى معاملاتهم(١).

الاتفاق على المقاصة عند اختلاف الدينين

مثال هذا:

أن يكون لشخص على آخر الف جنيه وللمدين على الدائن عشرون أردبا من القمح ، فهل تقع المقاصة بين الدينين؟

اختلف فى جواز هذه المقاصة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى فساد المقاصة.

وحجتهم أن المقاصة هنا بيع وقد جعل النقد مقابلا للقمح الذى هو فى ذمة الآخر فتعين أن يكون ثمنا وما وقع عليه البيع مبيعا فيكون المدين بالنقد بائعا ماليس عنده وهو منهى عنه(٢).

لقوله - ﷺ -: «لاتبع ماليس عندك»(٣) والمنهى عنه لايجوز.

القول الثانى: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز المقاصة إلا ما يؤدى منها إلى محظور(٤) وهذا مانرجحه.

(١) د. ليلى عبد العزيز، ص ٣٤٧.
(٢) البدائع، جـ٦، ص ٤٣.
(٣) نيل الأوطار، جـ٥، ص ١٧٠ ، ١٧٥.
(٤) الخرشى، جـ٥، ص ٣ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٧٨ ، الشرح الكبير لابن قدامة، جـ٥، ص٢.

الصورة الثانية: الاتفاق على المقاصة قبل نشوء سببي دينهما:

إذا كان هناك علاقات متقابلة بين شخصين من حقوق وديون واتفقوا على انقضاء الديون التى تنشأ بينهما بطريق المقاصة.

فوفقا للطريقة المتفق عليها إذا تحقق الدينان المتقابلان والمتفق على التقاص بينهما.

سقطا من تاريخ تحقق تلاقى الدينين لأن فى هذا الوقت تكون شروط المقاصة قد استكملت.

وهذا الاتفاق على المقاصة يجعلها وفاء إجباريا على الطرفين عند نشوء الدينين المتقابلين، لأنه يتنازل الطرفين عن ما أدى إلى منع وقوعها يؤدى بالتالى إلى وقوعها جبرية على الطرفين.

وهذا يتطلب الكلام فى العقد على المعدوم وهل هو جائز أم لا.

التعاقد على المعدوم:

إن الاتفاق على المقاصة قبل نشوء الدينين يثير السؤال حول مشروعية التعاقد على المعدوم وقت العقد . وإن كان المحل ممكن وجوده فى المستقبل.

وشرط أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد مختلف فيه بين الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

القول الأول: أنه يشترط وجود المعقود عليه فعلا عند التعاقد فى كل العقود ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والإمامية والأباضية وابن قدامة وذلك لأن الآثار الناشئة عن العقد لايمكن أن تتعلق بشئ معدوم أو مظنون لما فى ذلك من الغرر، وقد نهى النبى - ﷺ- عن بيع الغرر لما يحدثه من تنازع وبناء على اشتراط هذا الشرط فإنه لايتحقق إلا إذا توافرت فيه العناصر الآتية:

أ- أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد على سبيل التحقق، وعلى ذلك فلا يصح بيع الشئ قبل وجوده كبيع الحمل فى بطن أمه ، لأنه يحتمل أن يكون انتفاخا وليس بحمل.

ب- أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد فى الواقع لافى الظن فان قال بعتك هذا الذهب بألف فقال المشترى قبلت ، ثم ظهر انه نحاس لم ينعقد وإن كان الطرفان يظنان أنه ذهب لأن العبرة بالواقع.

جـ- أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد على الصفة التى تم عليها العقد(١).

والعقود كلها فى ذلك سواء لافرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع أو غيره.

القول الثاني: أنه يشترط وجود العقد وقت التعاقد فى عقود المعاوضات فقط كالبيع.

ولايشترط فى عقود التبرعات كالوصية والهبة ولافى عقود التوثيقات كالرهن، لأنه لايترتب على عدم حصول المتبرع له على الشئ المتبرع به ضرر، لأنه لم يدفع مقابلا له فلا يؤدى إلى نزاع ومشاحة وأجازوا التعاقد على المنافع والثمر الذى لايمكن وجوده دفعة واحدة كالجزر والبطيخ والخضروات. ذهب إلى ذلك المالكية(٢).

القول الثالث: لايشترط وجود المحل وقت التعاقد ما دام قد تعين بالأوصاف وارتفع الضرر، ذهب إلى ذلك ابن تيمية وابن القيم(٣).

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٣٨ ، الزيلعى على الكنز، جـ٤، ص ١٢ ، المغنى، جـ٤، ص٦٤، المذهب، جـ١، ص ٢٦٥ ، البحر الزخار، جـ٢، ص ٣٨١ ، شرح النيل، جـ٤، ص ١٣٦ ، ١٣٧ ، نظرية العقد لاستاذنا الدكتور/ محمود شوكت العدوى، ص ١١٨.

(٢) شرح الحطاب على مختصر خليل، جـ٤، ص ٢٦٦ ، مقدمات ابن رشد، جـ٢، ص ٢٢٤.

(٣) اعلام الموقعين، جـ١، ص ٣٥٧ وما بعدها.

وقال ابن تيمية: أنه ليس فى كتاب الله ولاسنة رسوله ولا روى عن أحد من الصحابة، أن بيع المعدوم لايجوز، لابلفظ عام ولابمعنى عام وإنما فيه النهى عن بيع الغرر، فإذا وجدت العلة وكان المحل وقت التعاقد غير مقدرو التسليم كالبعير الشارد منع العقد، وألا يزول الغرر إذا كان محل العقد متعينا بحيث ترتفع الجهالة فإذا زال الغرر فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد.

والراجــح:

ماذهب إليه ابن تيمية وابن القيم لأن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقا قول لاتؤيده الأدلة وما استدل به الجمهور من الاحاديث تدور حول منع المعدوم الذى فيه غرر وهذا لايفيد كل معدوم لان من المعدوم مالا غرر فى بيعه أو تدور حول بيع الاشياء الموجودة التى لايملكها البائع وهذا لايدل على منع بيع المعدوم[١].

وقد أقر الشارع عقد الإجارة مع أن محل العقد غير موجود وقت التعاقد كما أقر عقد الاستصناع مع ان عمل الصانع غير موجود وقت العقد، وأيضا عقد السلم فإن المبيع عند التعاقد قد يكون دينا فى ذمة البائع[٢].

فينبغى القول بأن كل معدوم محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه وكل معدوم مجهول الوجود فى المستقبل لايجوز بيعه.

وعلى هذا يكون الاتفاق على المقاصة قبل نشوء الدينين جائز لا مانع فيها لامتناع الغرر.

---

(١) نيل الأوطار، جـ٥، ص ٢٤٤ ، المهذب، جـ١، ص ٢٦٢.

(٢) المدخل للفقه الإسلامى للشيخ عيسوى احمد عيسوى ص ٤٢٠.

صور المقاصة الاتفاقية
فى القانون المدنى المصرى

كثر استعمال المقاصة الاتفاقية فى وقتنا الحاضر بصورة كبيرة واصبحت أداة لها شأنها فى المبادلات.

والوفاء بواسطتها على جانب كبير من الأهمية لابين الأفراد فحسب بل ايضا بين الدول بعضها البعض فكثيرا ما نجد دولا كثيرة تتعامل بطريقة المقاصة الاتفاقية بين ماتصدره للدول الأخرى وما تستورده من تلك الدول على أن يكون الوفاء عن طريق المقاصة.

والمقاصة الاتفاقية فى القانون تنصب أيضا على علاقات قانونية تمت فى الماضى: «مثل الاتفاق على المقاصة التى تخلف شرط من شروطها القانونية كالاختلاف فى جنس الدين».

أو علاقات قانونية ستنشأ فى المستقبل حيث يتفق الطرفان سلفا على شروط المقاصة المستقبلة ومن صورها الحساب الجارى.

غرف المقاصة:

هى مكان يجتمع فيه مندوبو البنوك لعمل المقاصة بين الشيكات المسحوبة على هذه البنوك والشيكات المسحوبة لصالحها وتسوية حسابات البنوك جميعا.

وتتضح أهمية غرفة المقاصة إذا ماتصورنا مدى الوقت والجهد الذى يبذله كل بنك لتسوية الشيكات المقدمة اليه والمسحوبة على كافة البنوك الاخرى.

وعن طريق غرفة المقاصة تتم تسوية هذه الشيكات المتبادلة بين البنوك والتى قد تصل قيمتها إلى ملايين الجنيهات يوميا دون حاجة إلى انتقال الأموال فعليا من بنك إلى آخر[١].

(١) أحكام الالتزام، أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٩، ط ١٩٨٦ الدار الجامعية.

الحساب الجارى:

لم يرد في القانون المدنى المصرى تعريف للحساب الجارى، وإنما ورد بيان عناصره فقط وذلك فى المواد ٢٣٢ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ والمادتين ٣٨١ ، ٣٨٣ من القانون التجارى.

وقد أبرز تعريف الحساب الجارى السمات التى تميزه عن غيره، فهو عقد قائم بذاته بين البنك والعميل تفقد بموجبه الحقوق الفردية ذاتيتها الخاصة.

وتفسير الحساب الجارى على هذا الأساس مرتبط برأى الفقه الغربى فى المقاصة بين الدينين وموقعه منها الذى مر بتطور بطئ.

ويمتاز الحساب الجارى بالتبادل وهودوران صفتى الدائنية والمديونية بين طرفى الحساب بحيث يكون كل منهما مدينا احيانا ودائنا احيانا أخرى.

كما يمتاز الحساب الجارى بالتداخل وتشابك المدفوعات بعضها بعضا فاذا نظم الحساب على ان لاتبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهى مدفوعات الآخر فلا يعتبر الحساب جاريا.

وبناء على هذا فالحقوق الفردية تفقد بطبيعتها ذاتيتها الخاصة غير الحساب الجارى وتحصل المقاصة بين دين العميل ودين البنك باستمرار دون حاجة إلى أى عقد أو اتفاق ولايبقى إلا ما يمثل الفارق بين الرصيد الدائن والرصيد المدين، وهكذا فان عقد الحساب الجارى عقد رضائى يتم بمجرد اتفاق الطرفين وهو ملزم لكليهما بمجرد انعقاده بوصفه وسيلة لتسوية العمليات التى تتم ويرتب اثارا بالنسبة لكل منهما.

ورغم انه عقد رضائى إلا أن آثاره الخاصة وهى إرجاء تسوية عمليات معينة إلى تاريخ قفل الحساب بعملية مقاصة واحدة لاتترتب عليه بمجرد انعقاده بل لابد أن تبرم هذه العمليات التى قصد بها تسويتها وأن تدخل الحساب وبدون

تمام هذه العمليات يظل اتفاق الحساب الجارى عاجزا عن آداء وظيفته المقصودة منه(١).

أما الفقه الإسلامى فقد نظر إلى الحساب الجارى نظرة لاتحتاج إلى ذوبان الفردية الذاتية للحقوق المتقابلة وإلى افتراض عقد خاص لانه نظر إلى أن سحب العميل من البنك عبارة عن اقتراض من البنك فى مقابل اقراضه للبنك الذى تم ايداع وديعة لديه.

فهناك دينان متقابلان متماثلان تجرى بينهما المقاصة الجبرية بمجرد تكونهما دون حاجة إلى أى عقد أو اتفاق مسبق على ذلك بين البنك والعميل.

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية للدكتور/ على جمال الدين عوض، ص ١٤٠، ط ١٩٦٩م.

شروط المقاصة الاتفاقية

ذهب الفقهاء إلى أنه لايشترط لوقوع المقاصة الاتفاقية سوى اتفاق الطرفين معا عليها[١]. ولايشترط توافر أى شرط من شروط المقاصة الجبرية.

وذلك لأن المقاصة الاتفاقية عبارة عن عقد جديد يقوم على تراضيهما معا، والرضا يعتبر تنازلا من كل منهما عما له من حق فى تماثل الدينين.

مثال ذلك:

إذا اتلف شخص ثوبا لآخر وكان هذا الذى اتلف الثوب دائنا لصاحب الثوب بعشرة جنيهات من قرض فان المقاصة الجبرية لاتقع لعدم التماثل بين الدينين كما أنها لاتقع إذا طلبها احدهما ورفضها الآخر لاختلاف محل كل منهما.

أما إذا اتفق الطرفان عليها فان الدينين يسقطان إذا تساوت قيمة الثوب مع العشرة أو بقدر الأقل منهما ويبقى للآخر ما بقى فى ذمته بعد المقاصة.

ويشترط اتفاق الطرفين هنا لأن المقاصة وسيلة وفاء لحقين متقابلين فيلزم لصحة المقاصة رضاؤهما معا.

الاتفاق على المقاصة:

هو تعبير يصدر من الطرفين عن إرادتهما لايقاع المقاصة بين دينيهما المختلفين فى الجنس فإذا ماتوافقت هاتان الإرادتان، كنا أمام عقد يسمى «عقد المقاصة».

وهذا العقد له مقومات وهى وجود التراضى وخلو هذا التراضى من عيوب الرضا أى صحة الرضا.

---

(١) البحر الرائق، جـ٧، ص ٢١٧ ، الأم، جـ٧، ص ٤٠٠ ، المغنى، جـ٩، ص ٣٢٥.

وهذا العقد تارة يتكون من اتفاق بين شخصين ستنشأ بينهما علاقات متقابلة وتارة اخرى من اتفاق ينصب على علاقة نشأت قبله.

واتمام هذا العقد يتطلب أمرين:

وجود التراضى بين الطرفين وصحة هذا التراضى:

اولا: وجود التراضى:

يتحقق التراضى بالصيغة التى تتم بايجاب من أحدهما وقبول الآخر، ويأخذ فقهاء المسلمين بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة لأنها هى المظهر الخارجى للإرادة الباطنة[1]، واللفظ هو القول الذى يعبر عن قبول المقاصة، واللفظ والارادة الظاهرة يمتزجان معا فى الصيغة ولوجود التراضى صحيحا ينبغى توافر الآتى:

أولا: الوضوح:

أى أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على رغبة المتقاصين.

وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول تدل دلالة واضحة على الرغبة فى تحقيق المقاصة دون شك أو احتمال.

أما إذا كان اللفظ المستعمل محل احتمال وشك فانه لايوجد الارتباط لأن الإرتباط فى الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول وذلك يعتمد على التحقق من وجودهما.

أما إذا كان اللفظ غير قاطع بل مجرد وعد بالتقاص أو النية عليها دون إظهارها فى مظهر خارجى ودون التصرف فلا تقاص.

---

(١) مختصر الفتاوى لابن تيمية، ص ٥٤٧ ، فتح القدير، جـ٢، ص ٤٤٢ ، نهاية المحتاج، جـ٨، ص ٣٤ ، ٣٨.

ثانيا التطابق:

فلا بد لانعقاد المقاصة من موافقة كل من الدائنين للآخر فيصدر القبول موافقا للإيجاب فى جميع جزئياته ومطابقا له(١).

فاذا قصد أحد الطرفين دين معين وقصد الآخر دين غيره لايتحقق التوافق بين الإيجاب والقبول وبالتالى فان عقد المقاصة لاينعقد لأن التعبير الصادر من العاقدين إنما اعتبر شرعا لأنه يوضح ويظهر إرادة باطنة خفية.

ولايكون الإيجاب والقبول قرينة على هذه الإرادة إلا إذا توافقا فى جميع الجزئيات، فإذا اختلفا فى شئ من ذلك لم يكن هناك رضا.

فيشترط تطابق الإرادتين عند التعبير عن الإرادة والرضا من طرفى المقاصة عندما يسقط كل منهما حقه فى المماثلة المشروطة للمقاصة الجبرية.

واللفظ فى الواقع هو الأساس فى توجيه الإرادة وإظهارها وهو الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس.

ويصح وقوع المقاصة بطريق الكتابة والرسالة لأنهما صالحتين للتعبير عن الإرادة.

وكذلك التعاطى «التعاقد بالأفعال» صالح للتعبير عن الإرادة تيسيرا للناس فى معاملاتهم متى كان واضح الدلالة على الرضا وكان العرف جاريا على ذلك يستوى فى ذلك النفيس والتافه، لأنهم إذا تعارفوا على التعاقد بالفعل فى بعض الأشياء، كان ا لفعل الصادر منهم دليلا ظاهرا فى التعبير عن الإرادة فيصح أن ينعقد به العقد ذهب إلى ذلك الأحناف والمالكية والحنابلة(٢).

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٣٦ وما بعدها ، فتح القدير ، جـ٥، ص ٧٩ ، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٦.

(٢) فتح القدير، جـ٥، ص ٧٧ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٢٥ ، الشرح الكبير، جـ٣، ص ٣ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ٤ ، فتاوى ابن تيمية، ج-٣، ص ٢٦٧.

وكذلك يجوز للأخرس الذى لايستطيع الكلام ولا يحسن الكتابة أن يعقد المقاصة بالإشارة، لأنها الوسيلة الوحيدة المتيسرة له، المتيقنة فى حقه فهى بمثابة النطق، لأننا لو لم نعتبر الإشارة فى هذه الحالة لأدى ذلك إلى حرمانه من حق العقد وفى هذا ضرر بالغ[1].

الاتصـــــال:

وهو أن يصدر القبول فور علم القابل بالإيجاب، فإن كان فى مجلس واحد اشترط صدور القبول فى المجلس وإن كان ليس فى مجلس واحد بأن كان أحدهما غائبا وتم التعاقد بطريقة الكتاب أو الرسول كان مجلس العقد هو مجلس العلم بما تضمنه الكتاب أو مايحمله الرسول.

فان صدر ايجاب من أحد العاقدين فقبله الطرف الآخر وهو فى مجلس العقد انعقد العقد لاتصال القبول بالايجاب[2].

رابعا: البقاء:

والمراد به أن يظل الإيجاب قائما حتى يصدر القبول فى المجلس، فاذا سقط الإيجاب لأى سبب من الأسباب الآتية وهى:

١-رجوع الموجب عن إيجابه.
٢- خروج الموجب عن أهليته.
٣- انقضاء مجلس العقد.
٤- رفض الإيجاب.
٥- هلاك محل التعاقد.

---

(١) مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٧ ، الشرح الصغير، جـ٢، ص ٣ ، البدائع، جـ٥، ص ٦٢٥ ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ٩ ، ١٢٧ ، المهذب، جـ١، ص ٢٥٧ ، المغنى، جـ٤، ص ٤ ، شرح النيل، جـ٣، ص ١١.

(٢) فتح القدير، جـ٥، ص ٧٨ ، ٨٢ ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٢٤٠ ، المغنى، جـ٤، ص ٦ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٥ ، المجموع، جـ٩، ص ١٦٩ ، نهاية المحتاج، جـ٣، ص ٨.

فان القبول الصادر بعد سقوطه لاينعقد به العقد لأنه لم يتصل بأيجاب موجود[١].

ثانيا: صحة التراضى:

لكى يتم الاتفاق على المقاصة لابد وأن يكون الرضا صحيحا غير مشوب بعيب الإكراه أو الغلط أو التدليس، صادرا من ذى أهلية وقد تحدثت عن هذه العيوب فى الباب التمهيدى، وأشير هنا إلى تأثير هذه العيوب على انعقاد المقاصة.

تأثير الإكراه على المقاصة:

إذا كان الإكراه بغير حق فان التصرفات التى تعقد معه تكون باطلة سواء كانت مما يقبل الفسخ كالبيع ونحوه أم من التصرفات التى لاتقبل الفسخ مثل النكاح والطلاق ونحوهما.

وبما أن المقاصة إسقاط فأنها لاتقع إذا أكره عليها شخص وذلك لأن المقاصة من التصرفات القولية التى لابد فيها من وجود الرضا فإن الإكراه عند الاحناف وإن كان يبقى معه اختيار لكن يعدم الرضا سواء كان ملجئا أو غير ملجئ، وقد نص الأحناف أنفسهم على رضائهما فى المقاصة الرضائية عند اختلاف الجنس.

فإذا ما انعدم الرضا انعدمت المقاصة . ومن هنا لايتصور المقاصة مع الإكراه[٢].

---

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ٧٨ وما بعدها ، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٢٤١ ، مصادر الحق، د.السنهورى، جـ٢، ص ١٦.

(٢) البحر الرائق، جـ٧، ص ٢١٧ ، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ٢٥٧ ، المبسوط، جـ٢٤ ، ص ٣٨، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ١٣٧ ، مواهب الجليل، ص ٣٤٥ ، كشاف القناع، جـ٥، ص٦ ، كشف الاسرار على اصول البزدوى، جـ٤، ص ١٥٣ ، نظرية العقد لاستاذنا الدكتور/ شوكت العدوى، ص ٩٦ وما بعدها، المغنى، جـ٤، ص ٢٣٨ ، ٢٥٩.

أثر الغلط على انعقاد المقاصة:

من البديهي أن يعرف كل من طرفي المقاصة مقدما دين المقاصة المراد إسقاطه مقابل اسقاط الآخر دينه، ومن ثم يكون من الصعب وقوع الغلط في دين المقاصة، وإذا وقع غلط في دين المقاصة فانه يكون نتيجة لعدم تطابق الارادتين ومن ثم لاتقع المقاصة.

أما اذا كان الغلط في أحد المتقاصين، فإن المقاصة تمتنع لأن التقاص لايقع إلا بين طرفي المقاصة دون غيرهما.

فاذا تبين أن الذي أوقع معه المقاصة شخص غير الطرف الآخر في المقاصة، فإن المقاصة تمتنع لفقدان أحد أركانها وهو أحد الطرفين[1].

أثر التدليس على انعقاد المقاصة:

التدليس هو استعمال طرق احتيالية بغرض تضليل المتعاقد الآخر، وهذا نادر في المقاصة لأن محلها دين في الذمة معروف ومن الصعب تضليل أحدهما بما هو دائن به أو مدين.

ومن هنا نرى أنه لايتصور وقوع المقاصة مع أي من عيوب الإرادة.

ويلزم لوقوع المقاصة صحيحة أن تكون الإرادة موجودة غير معيبة صادرة من ذي أهلية.

ويلزم هذا من جانبي المقاصة لامن أحدهما دون الآخر لأنها عقد بالنسبة إلى كل منهما عقد مزدوج.

وعيوب الإرادة في القانون هي: الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الاستغلال[2].

---

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، للدكتور الزرقا، جـ١، ص ٣٩١.

(٢) المواد ١٢٠ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، من القانون المدني المصري.

وتحقيق المقاصة الاتفاقية فى القانون المدنى يرجع إلى قواعد تفسير العقود وهى لاتختلف عما ورد فى الفقه الإسلامى.

ثالثا: المقاصة القضائية :

سلطة القاضى هى الفصل فى الخصومات وقطع النزاع فى الحقوق.

وقضاؤه فى غير أعماله الولائية - ليس إلا مظهرا للحق ومثبتا لوجوده من قبل لا منشئا له.

فاذا قضى بالمقاصة الجبرية أو الطلبية كان قضاء بأن هناك مقاصة وقعت وترتبت عليها آثارها.

وإذا كان الدينان غيرمتماثلين بأن اختلفا فى النوع أو الجنس أو الآجال أو اختلفا فى الصفات.

وأبى صاحب الحق فى الوصف أن يبطل حقه وأن يطلب المقاصة فلا يملك القاضى أن يقضى عليه بهذه المقاصة ويبطل حقه فى الجودة أو فى الأجل ، أو فى القوة أو فى غير ذلك مما كان سببا لامتناع المقاصة مراعاة لهذا.

أى أنه ليس للقاضى أن ينشئ مقاصة بين الدينين لأن المقاصة تبادل عند عدم التماثل وتنازل عن الحق فى المقاصة الطلبية وليس للقاضى انشاء ذلك على طرفين لم يتفقا عليه.

فطبيعة كل من المقاصة والقضاء فى نظر الفقه الإسلامى تأبى أن تكون هناك مقاصة قضائية، أى مقاصة يوجدها القضاء فى جميع أحوالها(١).

---

(١) المقاصة فى الفقه الإسلامى، د. مدكور، ص ١٢٠ ، ١٣١.

المقاصـة القضائيـة
فى القانون المدنى المصرى

المقاصة القضائية:

هى المقـاصـة التى يجريهـا القـاضى إذا تخلف شـرط من شـروط المقـاصـة القانونية.

وهذا هو شرط الخلو من النزاع، إذ يمكن للقاضى أن يحسم النزاع ومن ثم يجرى المقاصة لخلو الدينين من النزاع.

فـمـثـلا إذا طالب دائن مـدينه بدينه، فـأدعى المدين بحق فى تعـويض عن ضرر أصابه بخطأ هذا الدائن.

وطالب باجراء المقـاصـة بين مـاعليـه من ديـن ومـاله من حق كـان للقـاضى تقدير قيمة هذا الحق، ثم إعمال المقاصة بين الدينين.

ولذا تعـتـبر المقاصة القضائية بمثابة دعوى فرعـيـة موضوعـهـا الاعـتـراف بالدين المتنازع فى وجوده أو فى مقداره مع استيفائه عن طريق المقاصة.

مثال ذلك:

إن رفع المؤجر دعواه على المسـتـأجر مطالبا إياه بالأجرة فـيطالب المسـتـأجر -عن طريق طلب عارض- بتعويض عما أصابه من ضرر من العين المؤجرة.

وتسـتـطيع المحكمـة أن تتـوقف عن الفـصل فى طلب المؤجـر حـتـى تحـسم النزاع بشـأن حق المسـتـأجر عن طريق تحـديد التـعـويض المسـتـحق إذا بين لهـا أن ضررا اصابه، فـاذا حسم النزاع الذى ورد على حق المسـتـأجر بتحديد التعـويض، أصبح حقه خاليا من النزاع فتعود المحكمة إلى الفصل فى دعوى المؤجر بالأجرة ومعها دعوى المسـتـأجر بالتعويض وذلك بحكم واحد تقضى فيه بوقوع المقاصة

بين الدينين[١].

ومما سبق بشأن المقاصة القضائية.

نجد أن هناك مسألة محل خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدنى المصرى وهى: هل حكم القاضى كاشف للحق أم منشىء له.

قال ابن قدامة: وحكم الحاكم لايزيل الشئ عن صفته فى قول جمهور العلماء، ومنهم مالك والأوزراعى والشافعى، وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد ابن الحسن [٢].

وقال أبو حنيفة: «إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق نفذ حكمه ظاهرا وباطنا».

وقال الطحاوى: «ذهب قوم إلى أن الحكم بتمليك مال أو أزالة ملك أو اثبات نكاح أو فرقة أو نحو ذلك إذا كان الباطن موافقا للظاهر نفذ، وإن كان على خلافه لايكون الحكم موجبا للتمليك ولا إلا زاله ولا النكاح ولا الطلاق ولاغيرها وهو قول الجمهور ومعهم أبو يوسف».

وذهب آخرون إلى أن الحكم إن كان فى مال وكان الباطن مخالفا للظاهر لم يكن الحكم موجبا لحله، وإن كان فى نكاح أو طلاق فانه ينفذ ظاهرا وباطنا.

واحتجوا بقصة المتلاعنين، وتعقب بأن الفرقة فى اللعان إنما وقعت عقوبة

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٥٦٠ ، ٩٤٢ ، د. محمد لبيب شنب، ص ٣٩٢، رقم ٣٩١ ، أحكام الالتزام، د. أنور سلطان، ص ٤٣٧، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤ ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٧ ، النظرية العامة للالتزام، د. اسماعيل غانم، جـ٢، ص ٤٢٦ وما بعدها و م ١٥٥ من قانون المرافعات ، وحكم محكمة النقض المصرية فى ٢٥ يونية سنة ١٩٥٩ م ، مجلة المحاماة، ص ٤٠، ع ٧، ص ١٢٥٥، رقم ٣٧٢.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ٩، ص ٥٨ ، ٥٩.

للعلم بأن أحدهما كاذب وهو أصل برأسه فلا يقاس عليه[١].

وقال ابن رشد: «إن علماء الإسلام إجمعوا على أن حكم الحاكم لايحل حراما ولايحرم حلالا وذلك فى الأموال خاصة لقوله -ﷺ-: "إنما أنا بشر وإنكم تختصون إلى فلعل بعضكم أن يكون الحسن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار"»[٢].

ولما كانت المقاصة من الحقوق المتعلقة بالمال فحكم القاضى هنا يكون كاشفاً للحق لامنشئاً له.

أما فى القانون المدنى المصرى:

يقول الأستاذ الدكتور السنهورى: «وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها لامن وقت رفع الدعوى العارضة لأن الحكم هنا منشئ وليس كاشفا، وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها»[٣].

ويقول أيضا: «أن عددا كبيرا من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لامنشئة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ومنشئة بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقا إلى أحد الدينين»[٤].

---

(١) شرح معانى الآثار، كتاب القضاء والشهادات، جـ٤، ص ١٥٤ ، ١٥٦ ، ط الانوار المحمدية.

(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٥٩٦ ، ٨٩٧ ، والحديث اخرجه البخارى فى صحيحه، فتح البارى، جـ٢٧، ص ٢٠ ط مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) الوسيط، جـ٣، ص ١١٠٠.

(٤) هامش الوسيط، جـ٣، ص ١١٠٠.

ويقول الأستاذ الدكتور أنور سلطان:

«المقاصة القضائية ليست فى حقيقتها إلا مقاصة قانونية تقع عندما يتوافر بحكم القاضى شرط الخلو من النزاع الذى كان ينقصها، ولذا يجب أن يستند أثرها إلى وقت توافر هذا الشرط، وإذا لاحظنا أن أحكام كاشفة وليست منشئة وجب اعتبار الخلو من النزاع قد تحقق من وقت رفع الدعوى بالحق وتعين بالتالى إرجاء أثر المقاصة إلى هذا التاريخ»[١].

وهذا الأثر يتمثل فى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

والقول بأن المقاصة لاتقع إلا من وقت رفع الدعوى قول غير دقيق. وأرى أن المقاصة لاتقع إلا من وقت صدور الحكم بها لأن القاضى هو الذى يستكمل أحد الشروط الناقصة فى المقاصة القانونية.

فالمقاصة القانونية لها شروط فى الدينين المراد وقوع المقاصة بينهما فاذا توافرت هذه الشروط إلا شرط واحد وهو أن أحدهما لم يخل من النزاع، فاذا خلا هذا الدين من النزاع وقعت المقاصة قهرا وبدون علم الطرفين.

فهنا نرى أن خلو الدين من النزاع يتم بصدور الحكم من القاضى لامن وقت رفع الدعوى إلى القاضى.

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٣٧ ، ١٩٧٤م دار النهضة العربية.

المطلب الثانى

كيفية وقوع المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

تتعدد صور المقاصة فى الفقه الإسلامى وتختلف كيفية وقوع المقاصة من صورة إلى أخرى تبعا لشروط كل صورة. كما يلى:

أ- كيفية وقوع المقاصة الجبرية:

إذا توافرت شروط المقاصة الجبرية بأن كان الدينان من جنس واحد واتحدا فى الصفة والحلول أو اتحد أجلهما إذا كانا مؤجلين، وقعت المقاصة الجبرية بنفسها منذ تلاقى الدينين ولاتتوقف على تراضيهما ولاعلى طلب من أحدهما ولاعلى حتى مجرد النية لوقوعها، طالما أنه لايوجد مانع شرعى من وقوعها(١).

ب- كيفية وقوع المقاصة الطلبية الجبرية:

إذا تخلف شرط من شروط المقاصة الجبرية وترتب على تخلف هذا الشرط أن يكون أحد الدائنين فى وضع أفضل من الآخر ورغم هذه الأفضلية إذا طلب من كان فى وضع أفضل منهما إيقاع المقاصة بين دينه هذا ودين الآخر.

---

(١) وقد وردت نصوص كثيرة فى كتب الفقه الإسلامى تدل على هذا منها:
أ- جاء فى جامع الفصوليين، جـ١، ص ١٧٨ : «فلو تجانسا يصير قصاصا بدينه وان لم يتقاصا».
ب- وجاء فى الأنوار وحواشيه، جـ٢، ص ٨٠٢ آخر طبعة: «اذا ثبت لشخصين لكل منهما على الآخر دين بجهة أو جهتين واتفقا نوعا وجنسا وحلولا وتاجيلا وسائر الصفات تقاصا بنفس الثبوت ولاحاجة إى رضائهما».
جـ- وعند المالكية: تقع المقاصة جبرية منذ تحقق شروطها، ويؤيد هذا قول بعضهم أن العدول عنها لايجوز ولا تراضيا على تركها لأن الدين قد انقضى بالمقاصة.
د- وجاء فى منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤: «من استحق على غريمه مثل ماله عليه قدرا وصفة حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تساقطا».

وقعت المقاصة الطلبية الجبرية، لأنه بهذا الطلب أسقط حقه فى هذه الأفضلية ولاعبرة برضا من كان حقه ضعيفا أو رديئا أو غير سائغ(١).

فوقوع المقاصة الطلبية تتوقف على إرادة الدائن الذى يكون فى وضع أفضل وتقع المقاصة الطلبية وتتحقق آثارها منذ الموافقة عليها من صاحب هذا الحق الأفضل لامن وقت تلاقى الدينين لأنهما فى ذلك الوقت تكون شروطها ناقصة.

جـ- كيفية وقوع المقاصة الاتفاقية:

تقع المقاصة الرضائية أو الاتفاقية بمجرد تلاقى الإرادتين وذلك إذا اختلف الدينان فى الجنس وفى هذه الحالة يشترط رضا كل من طرفى المقاصة لوقوعها(٢) ولايكفى رضا أحدهما بها وتقع المقاصة الرضائية بمجرد تلاقى الإرادتين من طرفى المقاصة لا من وقت تلاقى الدينين لأنه فى ذلك الوقت لم تكن شروط المقاصة قد توافرت وهذا واضح من عبارات الفقهاء(٣).

---

(١) جاء فى البحر الرائق، جـ٦، ص ٢١٦ ، ٢١٧: «فأما اذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضى أحدهما بالنقصان وأبى الآخر فإنه ينظر بأن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصا وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصا».
وقال المالكية: «إذا اختلف أجل الدينين بأن كان احدهما حالا والآخر مؤجلا وطلبها ماحل دينه قضى بها وزن طلبها من لم يحل دينه فاللآخر أن يأخذ دينه لحلوله. وانتفع به فاذا حل دينك اعطيتك مالك» الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٠.
وجاء فى الأم: «إن الكتابة إذا كانت غيرحالة إلا زن يشاء المكاتب ذلك دون سيده» الأم، جـ٥، ص ٣٩٩.

(٢) قال الشافعى فى الأم، جـ٧، ص ٤٠٠ أو طبعة: «اذا جنى السيد على مكاتبة وكان مايلزمه بسبب هذه الجناية ليس من صنف الذى له من بدل الكتابة لم تكن قصاصا إلا أن يصطلحا على جعلها قصاصا».

(٣) ذكر المالكية: «أن الدينين إذا كانا من النقد واتفقا قدرا أى وزنا أو عددا وصفة أى فضية وذهبية أو جوده وردائه . كانت المقاصة واجبة سواء كانا حالين أو مؤجلين لأجل واحد ثم قالوا إذا كان الدينان مؤجلين لأجلين مختلفين فإن المقاصة لاتقع إلا بتراضيهما» الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٨.

المطلب الثالث

موانع المقاصة فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

يمتنع وقوع المقاصة بكل صورها إذا اختل شرط من شروطها السابق ذكرها وكذلك فان المقاصة تمتنع إذا ترتب على إيقاعها محظور دينى أو وقع ضرر على أحد طرفيها.

وموانع المقاصة يمكن حصرها فيما يلى:

أولا: إذا كان وقوع المقاصة يؤدى إلى محظور دينى ويظهر هذا فى المسلم فيه وفى رأس مال المسلم.

أ- أن لايكون الدينان دينى المسلم فيه:

لايجوز أن يكون المسلم فيه رأس مال سلم فى عقدى سلم، فيكون المسلم فيه كل منهما رأس مال سلم للآخر.

ويقع التقاص بين رأس المال، لأنه يجب قبض رأس مال المسلم أولا:

وثانيا: أن محل العقد هنا وهو الكسر فالحق متعلق بها وليس بالذمة فلا يقع التقاص.

فإذا أسلم غانم إلى سالم فى عشرة كيلو حنطة، ثم أسلم سالم إلى غانم فى عشرة كيلو حنطة كذلك، وكانت صفة الحنطتين واحدة أو مختلفة، وأجلهما واحد أو مختلف أو هما حالان ، فلا يصيران قصاصا ولايجوز أن يجعلاهما قصاصا.

لأن المسلم فيه مبيه فيستحق قبضه بحكم العقد ، ولايجوز أن يقضى به دين آخر لأن المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولايحصل ذلك بقضاء دين آخر به.

فإذا تقاصا فلا بد من أن يكون أحدهما قابضا للمسلم فيه وهو دين عليه وذلك غير جائز[١].

وقال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: «بعد أن مثل برجلين أسلم كل واحد منهما إلى الآخر فى كسر حنطة "لايكون شئ من ذلك قصاصا" وإن تقاصا به، فلا يجوز، ألا ترى أنه يبيع مالم يقبض، وكل واحد منهما ليس يقبض من كسره كسرا يأخذه، إنما يأخذه دينا عليه، ولايجوز أن يأخذ إلا رأس ماله أو الذى أسلم فيه، والذى عليه ليس مما أسلم فيه ولا رأس ماله»[٢].

هذا إذا كان الدينان دينى المسلم ، أما إذا كان أحدهما دين المسلم فيه والاخر قرضا أو غصبا فلا مانع من أن يصير قصاصا ، عندهم، لوجود القبض فى القرض والغصب، لكن بشرطين:

أحدهما: كون أول الدينين سلما.

والثانى: كونهما متماثلين.

نص على هذا فى الأصل وشرحه المبسوط.

فقد قال محمد: «إذا كان الأول منهما سلما والاخر قرضا فلا بأس بأن يكون قصاصا إذا كانا سواء وإن كان الأول قرضا والثانى سلما ، فلا يكون قصاصا وإن تراضيا بذلك»[٣].

ولكن جاء فى كشاف القناع: «إذا كانا "أى الدينان" أو كان أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا لأنه تصرف فى دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح»[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسى، جـ١٢، ص ١٦٨.

(٢) كتاب الأصل، ص ٣٥ الفقرة رقم ١٠٧ تحقيق الدكتور/ شفيق شحاتة ، كتاب البيوع والسلم، ط جامعة القاهرة.

(٣) الأصل، ص ٣٥، ف ١٠٨ ، المبسوط، جـ١٢، ص ١٦٨ ، الجامع الصغير لمحمد، ص ٩٢ ، المبسوط للسرخسى شرح المختصر للمرزوى، جـ١٢، ص ١٦٥.

(٤) كشاف القناع، جـ٣، ص ٣١١.

ثانيا: رأس مال السلم:

ذهب معظم الفقهاء إلى أن المقاصة لاتصح فى رأس مال السلم فيشترط فقهاء الأحناف فى رأس مال السلم القبض فى المجلس حقيقة فاذا كان هناك شخصان أقرض أحدهما مقدارا من المال وأصبح دينا فى ذمته. ثم قال الدائن جعلت رأس المال الذى فى ذمتك رأس مال وتقاصا رأس مال السلم مع الدين الواجب فى ذمته بسبب القرض، فإن ذلك لايجوز عند فقهاء الأحناف، أى لايجوز عندهم جعل رأس مال السلم قصاصا بدين آخر مطلقا، متقدما كان أو متأخرا، وذهب الشافعية والحنابلة إلى ذلك أيضا.

فهم يرون عدم جواز المقاصة وإذا كان أحد الدينين رأس مال سلم لوجوب قبض رأس مال السلم.

فقد جاء فى الأنوار لأعمال الأبرار: «أنه لو كان له دين فى ذمة الغير فقال أسلمت إليك الدراهم التى فى ذمتك فى كذا وقبل بطل»(١).

وعند الإمامية: لو جعل رأس مال السلم دينا له فى ذمة المسلم إليه أو اشترط هذا أن يكون رأس مال السلم الدين الذى فى ذمته، قيل يبطل السلم، لأنه بيع دين بمثله وهذا منهى عنه بقوله - ﷺ- «لايباع الدين بالدين»(٢).

وقيل يصح، قال ابن المحقق وغيره إنه الأشبه بأصول المذهب وقواعده، وأنه لا حاجة هنا إلى القبض لأن مافى الذمة مقبوض لمن هو عليه.

ثم قال صاحب جواهر الكلام، ومع ذلك لاريب فى أن الأول أحوط(٣).

ثانيا: ألا يترتب عليها أى ضرر «عدم تعلق حق الغير بأحدهما».

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٢٠٦ ، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٤٠.

(٢) الأنوار لاعمال الابرار، جـ١، ص ٢٦٥ ، ومنتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٢٩.

(٣) جواهر الكلام، جـ٤، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨.

يشترط فى المقاصة الجبرية، عدم تعلق حق الغير بأحد الدائنين فإذا تعلق به حق الغير فلا تقع المقاصة بينهما إلا برضى الغير بها.

فمثلا: إذا باع الراهن الرهن لتوفيه دين المرتهن من شخص له على الراهن حق مثل الثمن الذى باعه به، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة بين الثمن الذى فى ذمته والدين الذى فى ذمة الراهن، وذلك لتعلق حق المرتهن بالثمن.

وهكذا لو باع المفلس بعض ماله لبعض غرمائه بثمن فى الذمة من جنس دين المفلس فلا يجوز لهم الأخذ بالمقاصة بين هذا الثمن وديونهم عليه.

وذلك لتعلق حق باقى الغرماء بذلك الثمن.

جاء فى منتهى الإرادات: «أو تعلق به أى أحد الدينين حق بأن بيع الرهن لتوفيه دينه من مدين غير المرتهن أو عين المفلس بعض ماله لبعض غرمائه بثمن فى الذمة من جنس دينه فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن أو الغرماء بذلك الثمن ومن عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به من عسرتها لأن قضاء الدين مما فضل»(١).

ففى هذا النص نرى أن أحد الدينين إذا تعلق به حق الغير أو أن الدينين إذا تمت المقاصة تؤدى إلى الإضرار به مثل كونه معسرا فإن المقاصة لاتقع لأنها تؤدى إلى الاضرار بالمرتهن أو الزوجة إذا كانت معسرة.

وهذا الشرط مبنى على قاعدة مسلمة وهى: لاضرر ولاضرار وكذلك من عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها لأن قضاء الدين بما فضل عن النفقة ونحوها(٢).

---

(١) منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤.
(٢) كشاف القناع للبهوتى، جـ٣، ص ٣١٠ ، أحكام الالتزام، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦٩.

وأيضا قال - ﷺ- «لاضرر ولاضرار»[١].

وقد أورد المالكية تطبيقات للمقاصة المحظورة لكونها تؤدى إلى «منع وتعجل» أو «حطا لضمان وأزيدك» أو «قرض جر نفعا» أو بيع الطعام بالطعام قبل قبضه[٢] كما يلى:

١- نص دينى الطعام:

ذهب المالكية إلى عدم المقاصة فيهما إذا كان من عقد البيع وذلك لوجود علل ثلاثة فى ذلك:

أ- بيع الطعام بالطعام قبله قبضه.

ب- بيع بطعام بطعام.

جـ- بيع دين بدين نسيئة[٣].

٣- كذلك إذا كان دينى الطعام من بيع وقرض وكان مؤجل فان المقاصة ممنوعة.

أما إذا حل أحدهما ولم يحل الآخر فان ابن القاسم منعها لاختلاف الأغراض باختلاف الأجل[٤].

وكذلك أورد المالكية امثلة تدل على أنه إذا كانت المقاصة تؤدى إلى ضع وتعجل أو حط الضمان وأزيدك فهى ممنوعة.

---

(١) اخرجه الامام مالك فى الموطأ، الاقضية - باب القضاء فى المرفق، جـ٢، ص ٧٤٥، وابن ماجة فى كتاب الأحكام، جـ٢، ص ٧٨٤، والحاكم فى المستدرك، جـ٢، ص ٥٧، ٥٨، والسنن الكبرى للبيهقى، كتاب الصلح، جـ٦، ص ٦٩، ٧٠، وسنن الدارقطنى، جـ٣، ص ٧٧، ورواه احمد بلفظ «لاضرر ولاضرار»، جـ١، ص ٣١٣.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢١٨، مواهب الجليل، جـ٤، ص ٥٥٠.

(٣) حاشية الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٢.

(٤) المرجع السابق.

جاء فى حاشية الزرقانى:

أ- «فاذا كانا من بيع والحال أو الاقرب حلولا أكثر أو أجود من الدين الثانى منعت لما فيها من محظور وهو حط الضمان وأزيدك».

ب- إذا كان هذا الدين هو الأدنى أو الأقل منعت المقاصة لما فيها من «ضع وتعجل».

جـ- وإذا كان الدينان من قرض والحال أو الاقرب حلولا أو أقل منعت المقاصة لضع وتعجل[1].

«وكذلك لاتقع المقاصة إذا كانت تؤدى إلى قرض جر نفعا».

فقالوا: «إذا اختلف دينا العين قدرا وكانا من بيع فالمعتمد جواز المقاصة إن كانا حالين».

أما إذا كانا مؤجلين أو كان أحدهما مؤجلا والآخر حالا فان كان الحال هو الأكثر قدرا جازت المقاصة وإن كان الحال هو الأقل لم تجز.

وإذا كان الدينان مختلفى القدر من قرض لم تجز المقاصة وإن كانا حالين كذلك إن كانا عن بيع وقرض لم تجز المقاصة إذا كانا مؤجلين أو احدهما حال والآخر مؤجلا.

أما إذا كانا حالين فإن كان أكثرهما من البيع لم تجز المقاصة لأنها تكون قضاء قرض بزيادة فتكون فى هذه الحالة مؤدية إلى قرض جر نفعا وهو لايجوز.

فهذه الأحوال التى تؤدى فيها المقاصة إلى محظور فانها تكون حينئذ ممنوعة ولايجوز وقوعها.

---

(١) حاشية الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢.

الشرط الرابع: ألا يكون أحد الدينين دين النفقة الضرورية :

دعت الشريعة الإسلامية إلى إنظار المعسر بل أوجبت ذلك على الدائن قال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[١].

فلو كان أجير يعمل عند شخص بأجره لايبقى له شئ منها بعد ضرورة حياته وحياة اسرته، وكان عليه لمستأجره دين حال، فلا يحل للمؤجر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين والذى له على الأجير وإن كان حالا.

فقد أعطاه الشرع مهلة لأجل عسرته لحين ميسرته.

فالعسرة فى مثل هذه الحال مانعة من جريان المقاصة.

وليس المراد بدين النفقة الضرورية كل ما يستدينه الإنسان لنفقته الضرورية وإنما المراد به كل دين توقفت عليه معيشة صاحبه الحالية من طعام وكسوة وسكن وصحة . بحيث انه إذا لم يأخذ هذا الدين وتمسك المدين بالمقاصة بينه وبين دين له عليه ، يؤدى إلى مشقة شديدة لايطاق مثلها لتوقف معيشته الحالية على هذا الدين الحال.

فإذا كان الدين دين النفقة ، ولكنها غير ضرورية بأن كان صاحبه موسرا مثلا زوجه موسرة مدينة لزوجها ، وهو مدين لها بدين النفقة الحالية وهما متماثلان يصيران قصاصا.

ويعرف أن دينه هذا دين ضرورى بما يعرف به إعسار بالإنسان من إقرار إن صدقه الدائن، أو بينه إن لم يصدقه بمجرد القول.

ولم يتكلم فى هذا المانع فيما أعلم. غير الحنابلة[٢].

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٨٠.
(٢) المغنى، جـ٧، ص ٥٧٦ ، كشاف القناع، جـ٥، ص ٤٧٨.

موانع المقاصة فى القانون المدنى المصرى:

هناك حالات لاتجوز فيها المقاصة:

المانـــع الأول: إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا.

المانع الثانى: إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده.

المانع الثالث: إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز.

المانع الرابع: إذا كان فى وقوع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير ومثال ذلك:

أ- كما إذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائنا لدائنه فليس له أن يتمسك بالمقاصة إضرار بالحاجز.

ب- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة بدون تحفظ، لايجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولايكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل.

أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكنه أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة[١].

---

(١) طلبة وهبة خطاب، ص ٣٥٥.

المبحـــث الرابع

اثار المقاصة والتنازل عنها فى الفقه الإسلامى والقـــانون المـــدنى المصـــرى

ويشتمل على مطلبين:

المطـلـب الأول: آثار المقـاصـة فـى الفـقــه الإسـلامـى والقـانون المدنى المصرى.

المطلب الثاني: التنازل عن الحق فى المقاصة.

المطلـــب الأول

آثار المقاصة فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

الفــرع الأول: آثار المقاصة بين الطرفين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

الفرع الثانى: آثار المقاصة فى مواجهة الغير فى الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى المصرى.

أولا: المقاصة والحجر على المدين لحق الفرماء.

ثانيا: المقاصة والرهن فى الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى المصرى.

الفـــــرع الأول

آثار المقاصة بين الطرفين فى الفقه الإسلامى والقـــانون المـــدنى المصـــرى

آثار المقاصة فى مواجهة طرفيها تتمثل فيما يلى:

١- وفاء دينى المقاصة.

٢- مايسقط بالمقاصة هل هو الدين والمطالبة أم المطالبة فقط.

٣- تحديد الدين الذى تقع فيه المقاصة عند تعدد الديون.

اولا: وفاء دينى طرفا المقاصة:

عرفنا مما سبق أنه إذا تقابل الدينان المتساويان فى الجنس والنوع والصفة تساقطا.

وهذا الإسقاط من الإسقاطات التى فيها معنى الوفاء لأن فيها معني المعاوضة والعوض هنا هو اسقاط الآخر حقه، كما فى الطلاق على الإبراء فكل من الطلاق والإبراء إسقاط وكل منهما فى مقابله الاخر[١].

وقد صرح الأحناف بأن الوفاء لايكون إلا عن طريق المقاصة قال الإمام أبو حنيفة: «إن إيفاء الدين واستيفاؤه لايكون إلا بطريق المقاصة»[١].

ولكن هل المقاصة وفاء لدين واحد أم هى وفاء لدينين متقابلين.

اختلف الفقهاء فى ذلك.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٩٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤٤.

القول الأول:

ذهب الأحناف إلى أن آخر الدينين قضاء للأول، فالمقاصة تنطوى على وفاء لدين واحد هو الدين السابق فى التاريخ فقط، وإن صاحب الدين الأول مستوف وصاحب الدين الثانى موف لأن القضاء يتلو الوجوب.

قال صاحب الأشباه والنظائر: «آخر الدينين قضاء للأول»(١).

ورأيهم هذا مبنى على أحكام موجودة فى أبواب الصرف والسلم والفرض عند الكلام عن المقاصة فى هذه الأبواب.

القول الثانى:

قال جمهور الفقهاء إن المقاصة أداة وفاء لدينين فى نفس الوقت فيقضى كل من الطرفين ماله من صاحبه بان يمسك مافى ذمته لنفسه بدل ماله على الآخر فينقضى الدينان من غير قبض حقيقى، لأن المال فى الذمة(٢) وهذا واضح من تعاريفهم للمقاصة بأنها متاركة أى مفاعلة من الجانبين وليست من جانب واحد تؤدى إلى وفاء دينين وأن كلا منهما يقبض من نفسه(٣).

وأرى أن ماذهب إليه الجمهور هو الراجح لأن المقاصة يترتب عليها تساقط دينين متقابلين وتبرأ بها الذمتان من الدين فى نفس الوقت ومنذ تحقق شروط المقاصة وهذا ماتهدف إليه الشريعة الإسلامية.

انقضاء توابع الدين:

وبمجرد وفاء الدين بالمقاصة فإنه تنقضى الضمانات الشخصية مثل

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٤٤ ، المبسوط، جـ١٢، ص ١٦٨ ، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص ٤٧.

(٢) حاشية البنانى على هامش الزرقانى، جـ٥، ص ٢٣٠ ، الأم، جـ٧، ص ١٢١ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤ ، جواهر الكلام، جـ٤، ص ٢٧٧ ، شرح النيل، جـ٤، ص ٥١٢.

(٣) تحفة الحكام لابن مبارة، جـ١، ص ٣٢٠.

الكفالة أو العينية مثل الرهن، إذا كان الدين له تأمينات شخصية أو ضمان عينى لأن مثل هذه الضمانات جعلت لوفاء الدين وقد تم فلا وجه لبقائها.

الأمر الثانى: ما يسقط بالمقاصة:

الأصل فى المقاصة هو الإسقاط، ولكنه إسقاط فيه معنى الوفاء وهو إسقاط يقع جبرا حتى فى المقاصة التى لاتكون إلا عن تراض فى نظر الحنفية[1].

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك فيما يقسط بالمقاصة «الأثر المترتب عليها من ناحية ما يسقط بها» هل هو الدين والمطالبة أم المطالبة به فقط على قولين:

القول الأول:

أصل الدين لايسقط بالمقاصة ولاتبرأ الذمة منه وهو رأى الحنفية فهم يقولون إن الاستيفاء وهو مقاصة لاتبرأ به الذمة براءة إسقاط وأن براءة المقاصة يبقى معها الدين شاغلا للذمة، والذى يسقط هو المطالبة لاغير وذلك لأن الدين أمر اعتبارى فى الذمة، والمدفوع عين والدين غير العين وهو المراد بقولهم الديون تقضى بأمثالها لابأعيانها.

وتأكيدا لبقاء ذمة المدين مشغولة ولو بعد قضاء الدين أنه يجوز له بعد الإبراء الرجوع على الدائن بما دفعه[2].

القول الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن المقاصة يترتب عليها سقوط الدين والمطالبة معا.

---

(١) د. محمد سلام مدكور، ص ١٤٣.

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٩٤ ، وفتاوى الأنقروية، جـ١، ص ٣١٢ ، غمز عيون البصائر، جـ٢، ص ٤٣ ، ٤٤.

فيسقط الدينان إذا كانا متساويين أو بقدر الأقل منهما إذا كانا متفاضلين[١] والذمم تبرأ بالمقاصة براءة اسقاط لابراءة مطالبة فحسب

وهذا هو الراجح:

لأن الذى يؤدى دينه إلى غريمه أو يجرى معه مقاصة بين دينهما لايفهم منه إلا أنه قام بما ينهى تبعته ويبرئ منه لادفع المطالبة فحسب.

وهذا هو المفهوم الذى يسير عليه الناس فى معاملاتهم مع بعضهم بعضا وهذا مايوافق مقاصد الشريعة.

أما ما ذكره الحنفية فى هذا الصدد من القول بعدم سقوط الدين بالمقاصة ليس مقبولا وهو قول تأباه العدالة.

وإن كان حقا أن الدين ليس كالعين، ولكن ليس هذا مجاله هنا، لأن المقاصة تقابل دينين أى أن محل كل منهما دين فى محل المقاصة، فهى لاتقع بين دين وعين حتى يكون مالاحدهما خيرا مما فى ذمة الآخر.

الأمر الثالث:

تحديد الدين الذى يقع فيه المقاصة عند تعدد الديون إذا كان دين كل من طرفى المقاصة دينا واحدا فالأمر فى هذا واضح ، لكن.

لو افترضنا أن لـ «أ» مائة دينار فى ذمة «ب» وكان لـ «ب» دينان فى ذمة «أ» أحدهما مائة جنيه مكفولة والدين الآخر مائة غير مكفولة، فلو قلنا بوقوع المقاصة عند تلاقى هذه الديون جميعا فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المتقابلين له.

---

(١) الزرقانى على مختصر خليل، جـ٥، ص ٢٣٠ ، منتهى الارادات، جـ٢، ص ٢٢٤ ، الأم، جـ٧، ص ٤٠٠ ، ١٢١ ، جواهر الكلام، جـ٤، ص ٢٧٧ ، التاج المذهب لأحكام المذهب، جـ٢، ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، شرح النيل لأطفيش، جـ٢، ص ٥١٢.

وهنا ينشأ سؤال أى دين من هذين الدينين تقع فيه المقاصة.

ويتضح لنا مما ورد فى الفتاوى الأنقروية[١].

أن المدين إذا أدى بعض ماعليه ولم يعين حين الأداء أو بعده الدين الذى قصد أداؤه وكانت الديون من جنس واحد كان الوفاء من جميعها بالمحاصة، مهما اختلفت أسبابها ومهما اختلفت فى الوثيقة وعدمها.

أما إذا ذكر المدين عند الأداء أنه يؤدى عن دين معين ووافق الدائن على ذلك صراحة أو ضمنا كان ماذكره هو الدين الذى ينقضى بالوفاء أما إذا رفض التعيين كان الوفاء من جميعها بالمحاصة.

وبناء على ذلك يمكن تحديد الدين الذى تقع فيه المقاصة عند تعدد الديون كما يلى:

١- إذا كانت الديون من جنس واحد إلا أنها مختلفة من حيث الضمان بأن كان بعضها ديون عادية والأخرى ديون مضمونة بضمان عينى أو شخصى فان الدين الساقط بالمقاصة يكون هو الدين المماثل للدين المقابل من حيث الوثيقة.

٢- أما اذا كانت الديون كلها مضمونة.

أ- فاذا كانت الديون كلها مضمونة ضمانا شخصيا وكان الضامن لها شخصا واحد فان المقاصة تقع مع أى دين منهما دون تمييز، لأن المقاصة وسيلة ضمان للوفاء وليس التماثل فى الوثيقة شرطا فيها والضامن هنا شخص واحد وأنه سوف ينتفع من المقاصة بدرجة واحدة مع أى دين يقع.

ب- أما إذا كان ضمان بعض الديون شخصيا والآخر عينا، أو كانت الديون مضمونة ضمانا شخصيا ولكن الضامن اكثر من واحد فان تعيين الدين

---

(١) الفتاوى الأنقروية، جـ١، ص ٣٢٨ ، المقاصة، د. محمد سلام مدكور، ص ١٥٠ ، ١٥١.

فى هذه الحالة يكون بالمقاصة لأفضل الدينين على الآخر.

جاء في جامع الفصولين:

الدينان من جنس واحد فأدى المدين شيئا من المال صدق أنه دفع بأى جهة فيسقط ذلك من ذمته ولو من جنسين كذهب وفضة أو برر تكمل فأدى فضة وقال أديت عوضا عن الذهب لايصدق إذ المعاوضة تتم بالطرفين.

وفيه أيضا: «عليه الف من كفالة والف من الثمن فجاء بألف وقال أدفعه من الكفالة، وقال الطالب لا آخذه إلا من كل مالى، فله ذلك ويكون من المالين، ولو قبض ولم يقل شيئا فللمطلوب أن يجعله من أى المالين شاء[1].

أما فى القانون المدنى المصرى:

فنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ من القانون المدنى المصرى على ما يأتى: «يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء».

كما تنص المادة ٣٦٦ على: «اذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة».

ويتبين من هذه النصوص:

إن آثار المقاصة بين الطرفين تنحصر فى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

والمقاصة بهذا تعادل الوفاء المزدوج إذ ان كل دين قد استوفى من الدين

---

(١) جامع الفولين، جـ٢، ص ٢١٧ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٣٣٧ ، ٣٣٨.

المقابل فينقضى التزام المدين فى مواجهة الدائن، كما ينقضى فى نفس الوقت التزام الدائن فى مواجهة المدين فينقضى الدينان.

والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين كليهما إذا تساويا فى المقدارو أما إن كان أحدهما أقل من الآخر فان الدين الأقل ينقضى كله فى حين ينقضى من الدين الأكبر لحد يقدر بالفرق بين الدينين.

ويترتب على انقضاء الدين ما يأتى:

أ- انقضاء الدعاوى التى رفعها الدائن لحمل المدين على الوفاء.

ب- انقضاء توابع الدين لانقضاء أصل الدين، فتنقطع الفوائد، سواء كانت اتفاقية أم كانت تأخيرية، وسواء كان أحد الدينين وحده الذى يغل فوائد أم كان كل منهما ينتج فوائد، وسواء كان مقدار الفوائد متساويا في الدينين أم كان يزيد مقدارها فى أحدهما على مقدارها فى الآخر(١).

جـ- زوال كل ضمانات الحق عندما يكون انقضاء الدينين كليا، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالامتيازات والرهن والكفالة العينية، أو كانت ضمانات شخصية كالكفالة الشخصية والتضامن.

د- يترتب على المقاصة إذا كان انقضاء الدين كليا، عدم جواز التمسك بالتقادم الذى لم يكتمل إلا بعد تلاقى الدينين.

أما إذا كان الدينان غير متساويين فى المقدار، فيكون انقضاء أحدهما جزئيا وعلى ذلك فان الدين الذى انقضى جزئيا تبقى له تأميناته وفوائده بالنسبة إلى الجزء الذى لايزال باقيا منه ولايمنع التمسك بالتقادم بالنسبة إلى الجزء الباقى وذلك لعدم وجود دين يقابله، كما أن تلاقى الدينين فى المقاصة

---

(١) الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ٩٢١ ، أحكام الالتزام، أ.د. أسماعيل غانم، جـ٢، ص ٤٢١ ونقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٥٨ ، المحاماة، س ٣٨، ص ١٦٢٧ ، رقم ٥٦٠.

القانونية لم يكن من فعل المدين فلا يعد من قبيل الإقرار بالدين لذا لايمنع فى هذا الجزء التمسك بالتقادم[١].

ومن آثار المقاصة ايضا:

انقضاء الدينين منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، وعرفنا مما سبق أن المقاصة القانونية تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين إذا توافرت شروطهما.

وأما من جهة تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون فى المقاصة.

فنجد أن تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء «م٣٦٥/٢».

والتعيين فى الوفاء مبين فى المادتين «٣٤٤ - ٣٤٥ م م».

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٩٢٣ ، ٩٢٤ ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، جـ٢، ص ٨٤٧ ، نظرية الالتزام، أ.د. محمد جمال الدين ذكى، جـ٢، ص ٢٣٤ ، اثر مضى المدة فى الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٢٩٥ ، ٣٠٠.

الفـــــرع الثانى

آثار المقاصة فى مواجهة الغير فى الفقه الإسلامى وفـــى القـــانون المـــدنى المصـــرى

وردفى موانع المقاصة: أن المقاصة إذا ترتب عليها وقوع ضرر للغير، فانها لاتقع لهذا الضرر.

ولكن فى بعض الحالات يكون هناك حق للغير متعلق بالدين المراد وقوع المقاصة فيه ومع ذلك تقع المقاصة.

مثل ذلك المصاريف الضرورية اللازمة للحجر على المدين لمصلحة الغرماء: مثل أجرة الحمال، فان هذه الأجرة تلزم المدين.

فاذا كان الحمال مدينا للمدين الذى يراد الحجر عليه وقعت المقاصة بين أجرة الحمل ودين المدين لدى الحمال على الرغم من تعلق حق الغرماء بهذا الحق.

ويمكن استعراض حالتين نبين فيهما آثار المقاصة بالنسبة للغير.

الحالة الأولى: الحجر على المدين لمصلحة الدائنين.

الحالة الثانية: حق الرهن.

الحالة الأولى: الحجز على المدين لمصلحة الدائنين:

الحجر فى اللغة: المنع.

وفى اصطلاح الفقهاء: هو منع المدين من التصرفات فى أمواله التى تضر بمصلحة الدائنين.

ويحجر على المدين عندما تكون جميع أمواله عاجزة عن سداد جميع

ديونه فيتقدم أحد الغرماء إلى القاضى يطلب الحجر عليه ويجيبه القاضى إلى طلبه دفعا للضرر لأن الحجر يستند إلى أصل تشريعى عام وهو منع الضرر[١].

فقد روى الدارقطنى عن النبى - ﷺ - أنه حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه وقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص[٢] لذا نجد معظم مذاهب الفقه قد أخذت به[٣].

ويشمل الحجر على المدين كل أمواله التى تيسر أداء الدين منها من نقود وعروض وعقارات ومنافع أو أرث جناية أو بدل الصلح حصل عليه فعلا ودخل ملكه[٤].

وبمجرد الحجر على المدين تغل يده عن التصرفات فى أمواله -ويكون جميع الغرماء متساوين فى اقتضاء ديونهم لا فضل لاحدهم على الآخر طالما أن ديونهم عادية ليس لها حق رهن أو كفالة وأن كلا منهم يأخذ من مال المدين بنسبة دينه إلى مال المدين.

فاذا كان أحد الدائنين له حق امتياز مثل رهن فانه يقدم فى الوفاء على سائر الغرماء.

(١) كشاف القناع، جـ٢، ص ١٣٤.

(٢) اخرجه البيهقى والحاكم وأبو داود . نيل الأوطار، جـ٥، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، سبل السلام، جـ٣، ص ٥٦ ، ٥٧.

(٣) بدائع الصنائع، جـ٧، ص ١٦٩ ، البحر الرائق، جـ٨، ص ٩٤ ، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك بهامشه حاشية العماوى، جـ٢، ص ١١٠ ، الأم، جـ٣، ص ١٧٩ ، نهاية المحتاج، جـ٣، ص ٣٠٨ ، المغنى، جـ٢، ص ٤٨٨ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٨٩ ، المحلى، جـ٨، ص ١٦٨ ، شرح النيل، جـ٣، ص ١٦٣.

(٤) المدونة الكبرى، جـ٤، ص ١٢١ ، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ١١١.

والحالات التي يجوز ان تقع فيها المقاصة
والحـــالات التي لاتقـــع فيها

أولا: أنّ المقاصة ممنوعة مع دين المحجور عليه إذا ترتب عليها ضرر للغرماء.

وبيان ذلك:

أن المقاصة لاتقع بين دين للمحجور ودين عليه. فاذا باع المحجور عليه بعض ماله لبعض الغرماء أو بيع عليه بثمن فى الذمة من جنس دين المشترى.

فان المقاصة تمتنع لانه يكون قد وفى بعضْ الغرماء كامل حقه دون الآخرين مما يؤدى إلى الاضرار بهم(١).

وهذا إذا كان الغرماء ديونهم عادية والغريم الذى وفى دينه بطريق المقاصة دينه عادى لأن المفروض أن الغرماء متساوون فى قضاء ديونهم.

ثانيا: يجوز وقوع المقاصة بين دين على المحجور عليه ودين له بعد الحجر عليه وذلك فى المصاريف الضرورية للحجر. مثل أجرة الحمال فان كان الحمال والمحجور عليه كان كل منهما دائنا ومدينا وكان الحمال دائنا بالأجرة فان المقاصة تقع بين دينيهما على الرغم من تعلق حق الغرماء بالمال الذى وقعت فيه المقاصة، وكذلك إذا غصب الحمال أو الكيال شيئا من مال المحجور عليه وأتلفه فان المقاصة تقع صحيحة بين المغصوب والأجرة إذا كانا من جنس واحد.

ثالثا: كذلك تقع المقاصة بين دين أحد الغرماء ودين المحجور عليه إذا كان هذا الغريم دينه ممتاز مثل حق الرهن دون أن يترتب عليها ضرر لباقى الغرماء إذ أن هذه الديون تقضى قبل ديون الغرماء سواء بالمقاصة أو بغيرها.

---

(١) البحر الرائق، جـ٨، ص ٩٥ ، ٩٦ ، شرح الدردير الصغير، جـ٢، ص ١١٩ ، ١٢٠ ، مختصر المزنى، جـ٢، ص ٢١٩ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٣٤ ، المحلى، جـ٨، ص ١٧٥ وما بعدها.

رابعا: تقع المقاصة بين دين المحجور عليه ودين أحد الغرماء في الديون العادية قبل توقيع الحجر عليه لأنه قبل الحجر لم يتعلق له حق للغير إذا ما تحققت شروط المقاصة.

ثانيا: المقاصة وحق الرهن:

قد يكون أحد الدينين المراد وقوع المقاصة بينهما مصحوبا بتأمين عيني مثل الرهن أو حق الامتياز أو حق الاختصاص وأعمال المقاصة قد يترتب عليه إضرار بالغير.

ولنأخذ المقاصة وحق الرهن كمثال.

فقد اتفق الفقهاء على أن من له حق رهن على شئ يكون حقه مقدما على غيره من دائني المدين في استيفاء دينه من الحق المرهون (١).

وتصرفات الراهن على الشئ المرهون قسمان:

أ- تصرفات تتم قبل قبض الرهن.

ب- تصرفات تتم على المرهون بعد قبض المرهون.

اولا: التصرفات الناشئة من الراهن قبل قبض المرهون:

ما ينشئه الراهن من التصرفات قبل قبض الرهن من بيع أو هبة أو إجارة فهي تصرفات صحيحة ونافذة.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، وحجتهم أن الراهن أخرج الرهن عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه وعلى هذا وبناء على صحة هذه التصرفات فإن المقاصة تصح من ثمن المرهون إذا كان التصرف فيه قبل القبض ولا يمنعها حق المرتهن عند من قال بأن التصرف في الرهن قبل القبض يعني إخراجه عن إمكان

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٣٦٣ ، الأم، جـ٣، ص ١٩٨ ، حاشية الدسوقي، جـ٣، ص ٢٣١ ، المغني، جـ٤، ص ٤٣٤ ، المحلى، جـ٨، ص ١٠٤ ، ١٠٥.

استيفاء الدين من ثمنه لذلك لايترتب عليها ضرر للغير.

وذهب مالك إلى الراهن إذا كان متطوعا به بعد العقد وباعه الراهن مضى بيعه. إلا أن جمهور المالكية اختلفوا فى ثمن الرهن هل يكون رهينا مكانه أم لا، فذهب البعض إلى جعل الثمن رهنا مكانه ، وذهب البعض الآخر إلى بقاء الدين بلا رهن(١).

ثانيا: التصرف في الشئ المرهون بعد قبضه:

فى ذلك الوقت يتعلق حق المرتهن بهذا المرهون، فاذا تصرف فيه الراهن تصرفا يؤدى إلى الاضرار به لاتقع المقاصة مع المتصرف معه إذا تقابل دينان صالحان لوقوع المقاصة منعا لهذا الإضرار إلا إذا كان هذا الدين للراهن قبل المرتهن فان المقاصة تقع بين دين الراهن ودين المرتهن.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فتنص المادة ٣٦٧ على ما يأتى:

١- لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق الغير.

٢- فاذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم اصبح المدين دائنا لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز.

والمقصود بحقوق الغير، هى الحقوق التى كسبها الغير على الحق الذى أبدى بشأنه الدفع بالمقاصة فيما بعد.

ولقد أورد القانون تطبيقا هاما لهذه القاعدة، فنص على أن إيقاع الحجز التحفظى على أحد المدينين يمنع من وقوع المقاصة لدفع الضرر عن الحاجة الذى تعلق حقه بالدين المحجوز عليه.

---

(١) المدونة الكبرى، جـ١٤، ص ٢٧ ، ٣٠ ط ١٣٢٣هـ ، مطبعة السعادة بمصر ، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٤٦ ، ٢٤٩.

والمفروض هنا أن يكون الحجز قد حصل قبل تلاقى الدينين حتى يمكن استبعاد المقاصة.

وإذا لم يكن بامكان المدين الذى وقع الحجز تحت يده التمسك بالمقاصة فبامكانه ان يحجز هو أيضا حجزا تحفظيا على الدين الذى تحت يد نفسه فيشترك فى هذه الحالة مع الدائن الحاجز فى اقتسام الدين قسمة الغرماء(١).

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٩٣٠ ، مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٣٨٦ ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، جـ٢، ص ٤٩٦ ، ط ١٩٥٧م ، النظرية العامة للالتزام للدكتور/ عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٤١، ط بيروت.

المطلـــب الثانى

التنازل عن الحق فى المقاصة فى الفقه الإسلامى
والقـانون المـدنى المصـرى

الفـرع الأول: اسقاط حق المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

ويشتمل على:

أ- إسقاط الحق قبل قيام سببه أو قبل وجود سببه.
ب- إسقاط الحق بعد قيام سببه وقبل ثبوته.
جـ- إسقاط الحق بعد قيام سببه وبعد ثبوته.

الفرع الثانى: آثار النزول عن التمسك بالمقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

الفـــــرع الأول

إسقاط حق المقاصة فى الفقه الإسلامى والقـانون المـدنى المصـرى

الغصن الأول

إسقاط الحق قبل قيام سببه او قبل وجوب سببه

اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز اسقاط الحق قبل وجوب سببه ومن ثم لاتقع المقاصة فى الدين الذى لم يجب سببه بعد.

جاء فى جامع الفصولين: «ولو قـال كل حق يجب لى عليك فـقـد أبرأتك فيه لايصح وكذا إضافة الإبراء إلى مايجب فى الزمان الثانى»[(١)].

قال ابن عرفة: «الفتوى عندنا فيمن خالع زوجته على أن تسقط هى وأمها الحضانة أنها لاتسقط فى الجدة لأنها اسقطت مالم يجب»[(٢)].

وقال السيوطى فى الأشباه والنظائر: «لايصح الإبراء عما لايجب»[(٣)].

وقال الجصاص فى أحكام القرآن استـدلالا على بطلان الحـجـر على السفيه أن معنى الحجر أن يقول قد أبطلت ما يعقده أو مايقربه فى المستقبل.

وهذا لايصح، لأن فيه فسخ عقد لم يوجد بعد، بمنزله من قال لرجل كل بيع يعتنيه وعقد عاقد تنيه فقد فسخته أو كل خيار تشترطه لى فى البيع فقد ابطلته، أو تقول امرأة كل امر تجعله لى فى المستقبل فقد ابطلته فهذا باطل لايجوز فسخ العقود الموجودة فى المستقبل[(٤)].

---

(١) جامع الفصولين، جـ٢، ص ٤.

(٢) فتح العلى المالك للشيخ عليش، جـ١، ص ٣٢٤.

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٤٩٠.

(٤) احكام القرآن للجصاص، جـ١، ص ٤٩٣.

الفصل الثاني

إسقاط الحق عند وجود سببه وقبل ثبوته

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول:

أن اسقاط الحق بعد قيام سببه وقبل ثبوته لا يلزم وأن الحق متى تحقق ثبت[١].

فإذا كان لشخص على آخر دين من البيع أو القرض، ثم اشترى منه عينا بنقد أو مثلي آخر على ألا تكون بينهما مقاصة وتعاقدا على ذلك كان هذا الشرط لغوا، ولا تسقط به المقاصة الإتفاقية.

فإن حاصل هذا الشرط هو أننا [illegible] بعد كان البيع باطلا ولا تنشأ عنه مقاصة.

الرأي الثاني:

أن إسقاط الحق قبل ثبوته وبعد قيام سببه يلزم فإذا أسقط حقه في المقاصة قبل ثبوتها وبعد قيام سببها تلزم وتمتنع المقاصة بعد هذا الاسقاط.

فإذا كان لأحد الطرفين على الآخر مائة جنيه ثم اشترى منه عينا بمائة مثلها نوعا وصفة على أن لامقاصة بين دينيهما وكان هذا الشرط متعارفا حتى كان شرطا صحيحا لايفسد به العقد وإن كان فيه نفع لأحد المتعاقدين وجب القول بصحة هذا الاسقاط وعدم وقوع المقاصة، لأنهما أسقطا حقا لهما والأصل في الحقوق أن تسقط بالاسقاط وهو اسقاط لاقى حقا قد وجد إذا المقرر في مثل هذا أن يكون الاسقاط متأخرا عن ثبوت الحق بلحظة مفترضة[٢].

---

(١) فتاوى الشيخ عليش، جـ١، ص ٣٢٢.

(٢) المقاصة، د. محمد سلام مدكور، ص ١٥٧.

الغصن الثالث

النزول عن المقاصة بعد ثبوتها وبعد قيام سببها

التنازل عن الحق بعد قيام سببه وبعد ثبوته جائز لأنه حق خالص لصاحبه ومن ثم فـان صـاحب الحق فى المقـاصـة إذا تنازل عنهـا فـان هذا النزول يكون صحيحا ولكن ذلك لايتحقق إلا فى المقاصة الطلبية فقط وذلك لايتحقق فى المقاصة الجبرية أو الرضائية.

والنزول عن المقاصة متصور فى المقاصة الطلبية لأن هذه المقاصة حق ثابت لأحد الطرفين وهو من كـان الحق لصالحه وان هذا الحق يقبل الإسقاط لأنه حق للعبد وأنه لايؤدى إلى الاضرار بأحد الطرفين.

ولايتحقق التنازل عن المقاصة فى المقاصة الجبرية لأن ثبوت الحق فى التنازل يتحقق منذ تلاقى الدينين وتوافر شروط المقاصة الجبرية وهذا الحق فى الاسقاط مقارن لوقوع المقاصة الجبرية فهى تقع بنفسها منذ نشأة الحق فيها من غير طلب.

لذلك لايمكن القول بالإسقاط فى هذه الصورة لأن الحق فى الاسقاط يأتى فى نفس الوقت الذى تقع فيه المقاصة الجبرية. فلا يوجد وقت يسع التنازل عنها.

كما أن المقاصة اسقاط والاسقاط يتلاشى بمجرد تحققه(١).

---

(١) المقاصة، د. محمد سلام مدكور، ص ١٥٩.

الفـــــرع الثانى

آثار النزول عن التمسك بالمقاصة فى الفقه الإسلامى والقـــانون المدنـــى المصـــرى

ورد فى المادة « ٣٦٥ » من القـانون المدنى المصـرى: «لايجـوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها ».

ويسـتطيع المدين أن ينزل عن المقـاصـة بعـد وقـوعـهـا نزولا صـريحـا أو ضمنيا.

ومن صـور النزول الضـمنى بعـد ثبـوت الحق فـيـهـا أن يسكت المدين عن الدفع بالمقـاصـة قضـاء، أو يوفى دينه ، أو يقبل تجديده، أو حوالتـه ، وهـو عـالم بوقـوع المقاصـة قانونا بل أن القانون يفترض النزول فرضا لايقبل اثبات العكس فى حالة مايحيل أحد المتداينين دينه الذى انقضى بالمقاصة وقبل المتداين الآخر حوالته دون تحفظ.

فالقانون يفترض أن المدين الذى يقبل الحوالة بدون قيد أو شرط تنازل عن حقه فى الدفع بالمقاصـة، ولو كان جاهلا قبل قبـول قيـام هذا الحق م ٣٦٨ وذلك رعاية لحق المحال له.

والتنازل سواء أكان صريحا أو ضـمنيـا مقـصـور على صـاحبـه فهو لايؤثر فى حق شـخـص آخر تكون له مـصلحـة فى التـمـسك بوقـوع المقـاصـة، فـيـسـوغ للمدين المتـضـامن أن يدفع بالمقاصـة الحاصلة بين الدائن واحد المدينين المتـضـامنين، بقدر حصة هذا المدين المتضامن.

ولو كـان هذا المديـن قد نزل عن التـمـسك بهـا، ويسـوغ للكفـيـل أو الدائن المتأخر فى المرتبة أن يدفع بانقضـاء الكفالة أو الرهن المقدم عليه فى المرتبة تبعا لانقضـاء الدين المضمون بالمقاصة.

ولو سكت كل من المتداينين عن التمسك بهذه المقاصة الحاصلة أو تنازل عنها[١].

(١) أحكام الالتزام، د. محمد سلام مدكور.

الفصل الثانى

تجديد الالتزام والإنابة فى الوفاء
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: ماهية التجديد.

المبحث الثانى: أركان التجديد.

المبحث الثالث: آثار التجديد.

المبحث الرابع: الانابة فى الوفاء.

الفصل الثانى

تجديد الالتزام والإنابة فى الوفاء

تمهيد:

بالنظر إلى الطرق المختلفة التى تؤدى إلى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، نجد أن للتجديد مكانة «القاعدة الاساسية» بمعنى أن «الإنابة فى الوفاء ، والوفاء بمقابل» بمثابة تطبيق لنظرية التجديد.

فالإنابة فى الوفاء فى الفقه الإسلامى تؤدى إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين ولها تطبيقات عديدة فى الفقه الإسلامى

وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع المصرى للقانون المدنى حيث الحق الإنابة بالتجديد، لأنها تتضمن فى إحدى صورتيها تجديدا بتغيير المدين م ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ م م .

والوفاء بمقابل الراجح فيه أنه تجديد للالتزام بتغيير محل الدين ووفاء بالالتزام الجديد حيث ينقضى فيه الالتزام الأصلى بموجب الاستبدال ويتم استبدال محل الالتزام الأصلى بمقابل له أى بعوض.
وهذا مايقوم عليه التجديد فى القانون المدنى.

ولذلك نجد المذاهب الجرمانية قد ادمجت التجديد والوفاء بمقابل فى مفهوم واحد.
ولدراسة هذه النظم بشئ من التفصيل.

اتحدث فى هذا الفصل عن تجديد الالتزام والإنابة فى الوفاء.
وفى الفصل الثالث اتحدث عن الوفاء بمقابل.

والحديث عن التجديد كطريق من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء يقتضى منا الابتداء بتعريفه لتمييزه عن غيره.

إلا أنه قد لايكفى التعريف فى حد ذاته لتمييز التجديد عن غيره من النظم لأنه رغم ذلك قد يتداخل أو يتشابه مع بعض النظم، وهذا يتطلب عقد المقارنة بينه وبين هذه النظم لاستجلاء الفوارق بينهما.

وللتجديد طبيعته الخاصة به كما أن له مصادر تؤدى إليه وعناصر لايوجد إلا بها.

وأيضا للتجديد أركان «مقومات» وآثار تترتب على وقوعه ولذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية التجديد.

واتحدث فيه عن النقاط الآتية:

أولا: تعريف التجديد لغة واصطلاحا وقانونا.
ثانيا: الأهمية العملية للتجديد.
ثالثا: التمييز بين التجديد وغيره من النظم التى تشبهه.
رابعا: طبيعة التجديد.

المبحث الثانى: أركان التجديد.

ويتضمن ثلاثة أركان اتحدث عنهم فى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: اتفاق المتعاقدين على التجديد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الثانى: محل التجديد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث: سبب التجديد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

المبحث الثالث: آثار التجديد.

ويتضمن مطلبين:

المطلـب الأول: الآثار المترتبة على تجديد الالتزام.

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الأثر المسقط للتجديد.
الفرع الثانى: الأثر المنشئ للتجديد.

المطلب الثانى: آثار حوالة الحق وحوالة الدين.

المبحث الرابع: الإنابة فى الوفاء.

ويتضمن ثلاثة مطالب.

المطلـب الأول: تعريف الإنابة فى الوفاء وبيان أركانها.

المطلب الثانى: أقسام الإنابة فى الوفاء.

المطلب الثالث: آثار الإنابة فى الوفاء.

المبحث الأول

ماهيـــــة التجـــــديد

أولا
تعريف التجديد لغة واصطلاحا وقانونا

أ- معنى التجديد فى اللغة:

يقصد بالتجديد فى اللغة معان متعددة:

فيقال الشئ جد أى قطع وجدادا فهو مجدود وجديد.

وأيضا يقال «أجد» ثوبا أى لبس ثوبا جديدا وأجدا أمرا أى أجد فلان أمره فأحدث به جديدا.

ويقال جد يجد فهو جديد، وأجده وجدده وأستجده أى صيره جديدا فتجدد ومنه «تجدد» الشئ أى صار جديدا.

وتجدد الأمر أى تغير ، بمعنى أن الأمر الأول أصبح قديما وحل مكانه أمر جديد(١).

وهذا هو المعنى المراد هنا وهو انتهاء الالتزام القديم وإحلال التزام جديد مكانه يكون مختلفا عنه وإلا لما كان لهذا الابدال فائدة.

ب- التجديد فى اصطلاح الفقهاء:

انقضاء الالتزام بالتجديد ليس غريبا عن الفقه الإسلامى، فعند الفقهاء القدامى تفصيل كثير للتجديد بصورة الثلاثة، أى سواء كان التجديد بتغيير

---

(١) المعجم الوسيط، جـ١، ص ١٠٩، ط ١٩٧٤ ، مجمع اللغة العربية، ط ٢ سنة ١٩٧٢ ، مختار الصحاح، ص ٩٥ ، المطبعة الاميرية القاهرة سنة ١٩٥٣ ، القاموس المحيط، جـ١، ص٢٨١ ، المكتبة التجارية الكبرى القاهرة ١٩٣٥.

الدائن أو كان بتغيير المدين أو كان بتغيير محل الدين أو مصدره.

وقد خصص صاحب مرشد الحيران فصلا «فى تجديد الدين» ونصت المادة ٢٥ منه على أنه: «يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها فى عقد آخر بتراضى المتداينين».

ويستفاد من هذا النص: أنه يجوز بتراضى الطرفين إحلال دين جديد محل آخر قديم يختلف عنه.

وهذا هو التجديد فى القانون المدنى باعتباره سببا لانقضاء الالتزام(١).

ومثال التجديد فى الفقه الإسلامى:

أن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ عشرين جنيها أجرة منزل استأجره زيد مملوك لبكر فيتفق معه على أن يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض(٢).

ومن تطبيقات التجديد مانصت عليه المادة ١٧٦ من مجلة الأحكام العدلية من أنه: «إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثانى، فلو تباع رجلان مالا معلوما بمائة قرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا على ذلك المال بذهب من ذوات المائة أو مائة وعشرة أو بتسعين يعتبر العقد الثانى وينفسخ الأول»(٣).

كما نصت المادة ٣٧١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة من أنه: «لو عقدا بيعا سرا ثم عقداه فى مدة الخيار أو الشرط علانية بأكثر أو أقل فاللازم هو الثانى»(٤).

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٧٩.

(٢) الالتزامات فى الشرع الإسلامى، احمد ابراهيم بك، ص ٢٢٦.

(٣) شرح المجلة: سليم رستم باز، ص ٨١ ط ٣ ، ١٣٠٥هـ.

(٤) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل نص المادة ٣٧١، ط ١٤٠١هـ ، ١٩٨١م مؤسسة تهامة السعودية.

ومن تطبيقات التجديد أيضا ما قاله الشيخ أحمد أبو الفتح: «وتجديد الدين يكون بالتراضى بين المتعاقدين على ماذكر وبتغيير السبب الأصلى بسبب آخر كأن يكون فى الأصل ثمن مبيع معين ثم ينفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر أو اجرة ش من أموال المدين أو نحو ذلك»(١).

وتجديد الالتزام بتغيير الدائن يكون عن طريق حوالة الحق المقيدة لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال فيصبح بذلك دائنا جديدا للمحال عليه.

كما أن حوالة الدين المقيدة تعتبر تجديدا للالتزام بتغيير المدين لأن حوالة الدين هى نقل للدين من ذمة المحيل «وهو المدين» إلى ذمة شخص آخر يقوم بأداء الدين نيابة عنه يسمى المحال عليه.

مع ملاحظة أن هناك أوجه اختلاف بين تجديد الالتزام سواء أكان بتغيير الدائن أو المدين وبين حوالة الحق وحوالة الدين وسأشير إليها فى حينها.

وكذلك يقع التجديد على محل التعاقد «الالتزام» ، وقد جاءت دراسته فى الفقه الإسلامى فى أبواب المعاملات المختلفة فى البيع والسلم والصرف والقرض وغير ذلك.

وسيتم دراسة ذلك بتفصيل عند الحديث عن صور التجديد.

تعريف التجديد فى القانون المدنى المصرى:

اهتم القانون المدنى الحالى بنظام التجديد فأفرد له المواد من ٣٥٢ إلى ٣٥٨ مدنى مصرى.

ويمكن تعريف التجديد بأنه: «اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له فى عنصر من عناصره هذا العنصر قد يكون الدين أو أحد

---

(١) المعاملات فى الشريعة: الشيخ احمد ابو الفتح، جـ١، ص ١٣٥، ط ١٣٣٢ هـ - ١٩١٣م.

طرفى الالتزام "الدائن أو المدين"».

ولذا يعتبر التجديد طريقا من طرق انقضاء الالتزام ومصدرا من مصادر انشائه فى آن واحد، لأن به ينقضى الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذى يأخذ محله ويكون مخالفا له فى أحد عناصره الجوهرية.

وهذا ماقضت به المادة ٣٥٢م بقولها: «يتجدد الالتزام، أولا بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو في مصدره.

ثانيا: بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو المدين الجديد.

ثالثا: بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد.

وبناء على ذلك فان التجديد عمل قانونى يتم بارادتين، فيجب أن يتوافر فيه أركان كل عمل قانونى وشروط صحته.

أى أنه لابد من اتجاه الإرادتين نحو إحداث أثر قانونى هو إبدال التزام جديد بالتزام قديم ولابد فى الإرادتين أن تكونا صادرتين من ذى أهلية وأن تكونا خاليتين من عيوب الرضا.

ولما كان الأمر كذلك ، فإن التجديد يعتبر من أعمال التصرف التى تدور بين النفع والضرر(١).

(١) النظرية العامة للالتزام، جـ٢ ، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٠٦، ط ١٩٦٣، دار المعارف بمصر ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٧٧ وما بعدها، ط ١٩٥٧ مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، أحكام الالتزام، أ.د جلال على العدوى، ص ٣٣٣ ط، ١٩٨٦م (=)

والتجديد فى القانون المدنى إما أن يكون شخصيا أو موضوعيا، والتجديد يكون شخصيا إذا تم بتغيير أحد طرفى الالتزام، الدائن بتراضى المدين والدائن القديم والدائن الجديد.

أو بتغيير المدين كأن يتفق المدين مع شخص آخر على أن يكون مدينا بدلا منه مع رضاء الدائن بذلك فى هذه الصورة.

ويكون التجديد موضوعيا، إذا كان بتغيير محل الالتزام وهو الدين الواجب الأداء، أو مصدره وهو أساس إنشائه، ويتم ذلك بتغيير موضوع الأداء أو مصدره الذى ينصب عليه الحق، كالاتفاق على أن يقوم المدين بعمل لصالح الدائن بدلا من دفع ماعليه من مبلغ نقدى. أو تحويل ماعليه من مبلغ نقدى سدادا لأجرة عليه إلى قرض، ففى الأول تغيير محل الأداء وفى الثانى تغير مصدر الأداء.

الموازنة بين المفهومين الشرعى والقانونى:

لقد اعتنى الفقه الإسلامى بالتجديد ونظم مسائلة وورد فى كتب الفقهاء المتعددة الكثير من التطبيقات والتى يمكن من خلالها بيان أحكام التجديد.

أما القانون المدنى فقد نظم أحكام التجديد حيث أفرد لها مكانة كبيرة فقد عالج التجديد فى سبعة مواد من المادة ٣٥٢ إلى المادة ٣٥٨.

التجديد فى الفقه الإسلامى وكذلك فى القانون المدنى المصرى يتميز عن بقية طرق انقضاء الالتزام فى أنه يجمع بين كونه سببا فى انقضاء الالتزام وفى نفس الوقت سبب فى انشاء التزام جديد.

(=) الدار الجامعية، مذكرات فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، أ.د. احمد سلامة، ص ٢٥٧ وما بعدها، ط ١٩٨٥، الوجيز فى آثار الالتزام، أ.د محمد على عمران، ص ٢٤٣ وما بعدها، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤، النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٧٠، مكتبة سيد عبد الله وهبة، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٤٣.

والتجديد كذلك فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى له صور ثلاثة إما أن يكون:

أ- بتغيير محل الالتزام أو مصدره ويسمى بالتجديد الموضوعى.

ب- أو بتغيير الدائن.

جـ- أو بتغيير المدين ويسمى بالتجديد الشخصى.

ثانيـــــا
الأهمية العملية للتجديد

نظام التجديد كان شائعا فى القانون الرومانى:

فقدكان الالتزام يعتبر رابطة شخصية بين الدائن والمدين.

لايمكن حوالتها إلى شخص ثالث.

ولاالنزول للغير عن الدين الناشئ منها.

وإلا انهارت هذه الرابطة.

ولم يكن هناك طريق لانقضاء رابطة الالتزام إلا بالوفاء أو الإبراء أو مضى الزمن.

ونظرا لحاجة الناس إلى إجراء تعديل أو تبديل فى الالتزام فقد كان الدائنون يلجأون إلى رجل الدين ليساعدهم فى الحصول على حقوقهم من مدينيهم المماطلين وكان رجل الدين يقوم بوفاء دين الدائن أحيانا من ماله الخاص ويحل محله فى مطالبة المدين فيسارع المدين إلى الوفاء له إذ لم يجرؤ أحد على الامتناع عن الوفاء بالدين لرجل الدين خشية نفوذه واتقاء لغضبه.

وبذلك نشأت وسيلة تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن وعن طريق هذا التجديد يقضون على الإلتزام القديم وينشئون آخر محله يختلف عنه فى محله

أو فى أحد طرفيه[١].

ويرى البعض أن تجديد الدين بتغيير الدائن إنما توصل إليه الرومان عن طريق معرفتهم لتجديد الإلتزام الذى كان عبارة عن مشارطة بموجبها يتعهد المدين أو شخص ثالث بأداء دين سابق فى يوم معين.

وكان يراد به الاعتراف بدين من النقود وتأجيل الوفاء به والجزاء على عدم التنفيذ فى هذه المشارطة غرامة تعادل نصف مبلغ الدين.

ثم اصبحت لهذا التجديد تطبيقات جديدة فيما بعد كتغيير الالتزام السابق أو تحويله إلى التزام جديد «التزام مدنى» إذا لم يكن مستحقا «التزاما طبيعيا». وأصبحت الدعوى التى تنشأ عنه دعوى تعاقدية تؤدى إلى الحكم بمقدار قيمة الدين فقط.

ولم يعد الغرض منه، منح المدين أجلا فى كل الأحوال وإنما أصبح يراد به أحيانا تغيير الدائن أو تغيير المدين وغير ذلك[٢].

وسبب شيوع هذا النظام فى القانون الرومانى أنه لم يكن يعرف نظامى حوالة الحق وحوالة الدين وكان التجديد يقوم مقام الحوالة بنوعيها.

وعرف الرومان التجديد لنقل الدين كما عرفوه لنقل الحق وكانت وسيلته الاشتراط الشفهى كذلك[٣].

ولقد تأثرت التقنينات اللاتينية بما ذهب إليه القانون الرومانى حيث اهتمت بالتجديد كنظام وافردت له أحكاما خاصة فى نصوصهم.

---

(١) القانون الرومانى، أحكام الالتزام، أ.د. صوفى أبو طالب، ص ١١، ط ١٩٦٥، دار النهضة العربية - بنظرية الالتزامات فى القانون الرومانى، أ.د. شفيق شحاته، ص ٢٨٠ وما بعدها، القاهرة ١٩٦٣.

(٢) مبادئ تاريخ القانون، أ.د. صوفى أبو طالب، ص ٣٠٥.

(٣) تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، أ.د. صوفى أبو طالب، ص ٢٩٩ ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى، أ.د. شفيق شحاتة، ص ٣٨٣ ، ٣٨٤.

ومن هذه القوانين القانون الفرنسى.

والقانون المصرى القديم حيث نظم التجديد تحت مسمى «استبدال الدين بغيره» المواد ١٨٦ / ٢٤٩.

أما القوانين الجرمانية، فقد اهملت هذا النظام، واستغنت بالحوالتين عن التجديد بتغيير الدائن والمدين ومن أمثلة هذه القوانين:

القانون الألمانى الذى نظم حالة التجديد بتغيير الدين ضمن حالات الوفاء بمقابل.

وقلت أهميته فى التشريع السويسرى الذى لم يخصص له إلا مادتين فقط[١].

وفى الفقه الإسلامى:

لم يجد الفقهاء المسلمون حاجة للخوض فى التجديد إذا اغنتهم حوالة الحق عن تجديد الدين بتغيير الدائن ، كما اغنتهم حوالة الدين عن تجديد الدين بتغيير المدين.

وإذا كان المشرع الفرنسى الذى تتأثر به دائما التشريعات العربية له مايبرر احتفاظة بالتجديد لأنه لازال لايقر حوالة الدين فجدير بالمشرع العربى أن يحذو حذو الفقه الإسلامى . الذى سارت القوانين الجرمانية على ماهو عليه خاصة وأن المشرع العربى أقر كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ونظمهما فيكتفى بهما عن التجديد بتغيير الدائن وعن التجديد بتغيير المدين.

---

(١) النظرية العامة للالتزام، أ.د عبد الحى حجازى، ص ٧٠ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨١٤ ، هامش ١ ط ١٩٦٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٤٤٣ ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، أ.د. احمد حشمت ابو ستيت، ص ٦٠٩ ، نظرية الالتزام، أ.د. عبد المنعم فرج الصدة، ص ١٢٧، ط ١٩٥٤، الحلبى بمصر.

أما التجديد بتغيير الدين فان الوفاء بمقابل يغنى عنه كذلك.

وهذا ما قال به فقهاء القانون المدنى بمصر:

يقول الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى:

بعد أن بين أن نظام التجديد كان شائعا فى القانون الرومانى.

«أما فى الوقت الحاضر فقد أصبح من الجائز التعديل والتبديل فى رابطة الالتزام دون أن تنقضى».

فأجازت الشرائع حوالة الحق وأجازت بعض منها حوالة الدين أيضا، ولهذا فقد تناقصت أهمية نظام التجديد إلى حد كبير، فبدلا من التجديد بتغيير الدائن يستعمل الأفراد نظام حوالة الحق، وعوضا عن التجديد باستبدال المدين يلجأون إلى حوالة الدين.

ويقوم نظام الوفاء بمقابل بالدور الذى كان يقوم به تجديد الدين بتغيير محله، وتكاد تقتصر أهمية التجديد فى الشرائع التى تنص عليه على حالة التجديد بتغيير محل الدين(١).

ويقول الأستاذ الدكتور أنور سلطان:

إن حوالة الحق وحوالة الدين والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، بل وتفضله فى بعض الوجوه(٢).

وهذه الوجوه:

أن الدائن فى التجديد يفقد التأمينات التى كانت تضمن الالتزام

(١) النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٧٠، ٣٧١، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، الوسيط، جـ٣، ص ٨١٥، أحكام الالتزام، أ.د. جلال على العدوى، ص ٣٣٣، النظرية العامة للالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، ص ٢٢٣، شرح القانون المدنى، تأليف احمد فتحى زغلول، ص ١٩٥، المطبعة الاميرية سنة ١٩١٣.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، س ٤٠١ ط دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٤.

الأصلى، ويفقد المدين الدفوع التى كانت له فى الدين القديم حيث أن التأمينات العينية لاتنتقل إلى الإلتزام الجديد بمجرد الاتفاق على التجديد بقوة القانون.

بل لابد من اتفاق خاص على هذا الانتقال وإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص أنقضت التأمينات العينية بانقضاء الالتزام الأصلى ولاتنتقل إلى الالتزام الجديد.

أما فى الحوالة:

فحق الدائن «المحيل» ينتقل بصفاته إلى المحال فاذا كان تجاريا أو مدنيا انتقل كذلك وإذا كان حق الدائن مضمونا برهن أو كفالة أو امتياز انتقل الضمان مع الحق على اثر حوالته. م ٣٠٧ م م وم ٣١٨ مدنى مصرى.

وللتخفيف من عيوب نظام التجديد فى القانون المدنى المصرى أجاز القانون اتفاق ذوى الشأن على بقاء التأمينات لتضمن الدين الجديد وهذا ما تقضى به المادة ٣٥٧ من القانون المدنى(١).

ويقول الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى:

يجب أن تكون هنا صلة بين الالتزامين إذ أن انقضاء الالتزام القديم لايتم إلا بنشوء الالتزام الجديد كما أن نشوء الالتزام الجديد لايتم إلا بانقضاء الالتزام القديم.

لأن الالتزام الجديد إنما هو الالتزام القديم ولكن فى صورة أخرى لأن التجديد تغيير للالتزام(٢).

ولاينكر أحد أن فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر اهتماما بدقة الفاظ رسومهم، ولذلك نجدهم فى تعريفهم للحوالة «انتقال الالتزام» وبيان الآثار

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٢٠.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ٣، ص ٧٧.

المتـرتبـة عليـهـا وخـاصـة انهـا تؤدى إلى انقـضـاء الالتـزام الأول عند بعض الفقهـاء.

ويضـعون الألفـاظ القليلة معبرين بهـا عن مـاهيـة المعـرف بدقـة متناهيـة مبتعدين فيه عن الشرح للتوصل إلى المعنى بأقرب وسيلة وأدق عبارة.

ولذلك نجد أن حوالة الحق المقيدة هى تجديد للالتزام بتغيير الدائن ، لأن المحيل «الدائن» حينما يحيل المحال لاستيفاء حقه من المحال عليه وهو المدين، يعـتبـر المحال «الأجنبى» دائنا جديدا للمحـال عليـه بموجب الحـوالة وهذا تجديد للالتزام بتغيير الدائن.

وحوالة الدين المقيـدة فى الفقـه الإسلامى هى النمـوذج الأمـثل للتـجـديد بتغيير المدين، فهى تنقل الدين من ذمة إلى ذمة أو هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

ويجرى التجديد فى حوالة الدين المقيدة بتغيير المدين، وهى التى يكون المحيل فيها دائنا للمحال عليه ومدينا للمحال[١].

ولكن تؤدى الحـوالة إلى انقضـاء الالتـزام، ذهب بعض الفـقـهـاء إلى القول بعـدم انتـقـال التـأمـينات إلى الالتـزام الجـديد وهذا هو عين الأثر المتـرتب على التجديد عند فقهاء القانون المدنى المصرى.

فقد جاء في مواهب الجليل:

رجل اشترى دينا وفيه رهن أو حميل فهل يدخل الرهن والحميل فى الدين أم لا.

وكذلك من أحيل على دين أو وهب له أو ملكه وفيـه رهن أو حـمـيل هل

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٧ ، الأم، جـ٣، ص ٢٢٩، دار المعـرفـة، سنة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م.

يدخلان أم لا.

بعض النّاس افتى بدخول الرهن والحميل من غير تفصيل[١].

وجاء بالموسوعة الفقهية لحكومة الكويت:

هل يستحق للمحال الدين بضماناته.

فأجاب بالنفى لأن الكفيل لم يلتزم للمحال شيئا وعدم استفادة الدين شيئا من الضمانات التى هى لمصلحة الدائن فى محله الثانى وتراه أوضح مايكون عند الشافعية والحنابلة لأن الوثيقة تسقط عندهم سواء أحيل بالدين أم عليه وهو نص الإمامية فى مسألة الضمان[٢].

وتسقط ضمانات دين المحال على المحيل فى حوالة الدين أو فى الحوالة التى تجمع بين حوالة الدين وحوالة الحق لأن المحيل يبرأ من الدين وإذا برئت ذمة الأصيل تبعتها فى البراءة ذمة الكفيل.

ولأن المدين نفسه قد تغير والكفيل ضامن له شخصيا.

---

(١) مواهب الجليل، جـ٤، ص ٣٦٨ ، ٣٦٩.

(٢) الموسعة الفقهية نموذج، جـ٣، ص ١٤٦.

ثالثا

التمييز بين تجديد الالتزام وغيره من النظم التى تشبهه

أولا: التجديد وبيع الدين.

ثانيا: التجديد والحوالة.

ثالثا: التجديد والحلول:

اولا

تجديد الالتزام وبيع الدين

بيع الدين إما أن يكون للمدين نفسه أو لشخص أجنبى وبيع الدين للمدين يقابله فى القانون المدنى الوفاء بمقابل.

وبيع الدين لغير المدين ينحصر بين أمور ثلاثة فى التقنين المدنى فقد يكون بيعا لشئ يتحقق وجوده فى المستقبل، وقد يكون حوالة حق بعوض. وقد يكون تجديد للدين بتغيير الدائن.

ويختلف تجديد الالتزام عن بيع الدين فى وجه ويتفق معه فى أوجه أشير إليها فيما يلى:

١- وجه الإختلاف بين تجديد الالتزام بتغيير الدائن وبين بيع الدين:

ينحصر فى أطراف التعاقد:

لأن تجديد الالتزام بتغيير الدائن يقوم على أطراف ثلاثة وهم المدين والدائن الأصلى والدائن الجديد، أما فى بيع الدين فلا يلزم رضا المدين، بل يشترط إقراره بالدين لأن بيع الدين يصح دون رضا المدين مع اشتراط إقراره بالدين.

٢- أوجه الاتفاق بين تجديد الالتزام وبيع الدين:

١- عدم انتقال التأمينات إلا باتفاق:

يتفق بيع الدين مع التجديد فى أن الدين فى كل منهما لاينتقل إلى الدائن بكافة ضماناته وتأميناته بمجرد التعاقد بين الدائن القديم والدائن الجديد، وإنما يلزم الاتفاق بينهم على نقل الرهن مع الدين.

ب- زوال الالتزام القديم ونشوء التزام جديد:

يترتب على بيع الدين وتجديد الدين انقضاء الالتزام القديم ، وهذا هو الأثر المترتب على التجديد وبيع الدين فتسقط التأمينات التى كانت على المدين القديم سواء كانت عينية أم شخصية ولاتنتقل إلى الدائن الجديد فى كل منهما.

ومن أهم الآثار المترتبة على التجديد وبيع الدين نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم ومغاير له فهو ينشأ طبقا لما اتفق عليه الدائن الجديد والدائن القديم.

مدى انطباق بيع الدين على التجديد بتغيير الدائن:

هل يعتبر بيع الدين نظاما قانونيا مستقلا فى الفقه الإسلامى بمعنى أن بيع الدين لايقابله فى التقنين المدنى قواعد خاصة فى نقل الالتزام أو تغييره أو انقضائه.

أم أنه يقابله تجديد الدين بتغيير الدائن؟

حقيقة الأمر أنه يمكن أن تنطبق الأحكام الخاصة بتجديد الالتزام بتغيير الدائن وآثاره على بيع الدين، على الرغم من أن هذا بيع والآخر تجديد فان ذلك لايقدح فى مطابقتهما إذ أن كل منهما عقد لابد أن تتوافر فيه شروط التعاقد.

بالإضافة إلى أن التجديد بتغيير الدائن يشترط الرضا بين الدائن القديم والدائن الجديد والمدين بينما بيع الدين فى الفقه الإسلامى يترتب عليه توافر الرضا بين الدائن القديم والدائن الجديد وهما البائع للدين ومشتريه.

وعلى الرغم من هذا الفارق فإن الفقهاء قد نصوا على شرط حضور المدين وإقراره بالدين وبالتالى لايجوز له الرجوع فى إقراره.

ويترتب على هذا الشرط العلم ببيع الدين ثم يتفقان فيما عدا ذلك.

ويظهر ذلك جليا من أن بيع الدين فى الفقه الإسلامى يترتب عليه انقضاء التزام قديم ونشوء التزام جديد يحل محله كما أن نشوء هذا الحق الجديد قد يختلف تماما عن الحق القديم.

وهذا مايؤدى إليه التجديد فى التقنين المدنى باعتباره يقوم مقام الوفاء كما أن بيع الدين فى الفقه الإسلامى لايترتب عليه انتقال تأميناته عينية كانت كالرهن أم شخصية كالكفالة إلا بالاتفاق بين أطراف التعاقد(١).

فيعتبر ذلك أثر من آثار التجديد فى التقنين المدنى إذ نصت المادة ٣٥٧ منه على أنه: «إذا كان هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى فأن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية: »

إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاء للأطراف الثلاثة أن يتفقوا على استيفاء التأمينات.

ومفاد ذلك:

أن التأمينات لاتنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها ومن هذا يمكن القول: «أن بيع الدين يقرب من تجديده بتغيير الدائن من حيث الأحكام والأركان والشروط والآثار».

ويستفاد من سقوط التأمينات تلقائيا فى حالة عدم الاشتراط على شئ أن الحق الذى كان يشغل ذمة المدين لحساب الدائن الأول قد انقضى بالعقد ونشأ بدلا منه حق جدي يماثله فى ذمة المدين لحساب الدائن الجديد دون أن يثبت له بمقتضى العقد شئ من تأمينات الحق المنقضى إلا مايستبقيه الدائن الجديد بالاشتراط مع الدائن القديم عند العقد(٢).

(١) جاء فى شرح القادورى للتحفة على المذهب المالكى: «وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به وكان فيه رهن أو حميل لم يدخل واحد منها إلا بالشرط».

(٢) الحوالة فى الفقه الإسلامى، الدكتور محمود الحسين عبد الغفار، ص ٢٩٦.

وفى ذلك دلالة قاطعة على أن الحق الذى ملكه الدائن الجديد ليس هو الحق الذى كان يملكه الدائن القديم حيث يكون هو نفسه عندما تلازمه التأمينات ويكون غيره إذا لم تلازمه إلا بشرط الاتفاق على نقلها بين الدائن القديم والجديد والكفيل أو المدين إذا كان قد تقدم برهن.

ومن هنا يظهر مدى توافق بيع الدين مع تجديد الدين بتغيير الدائن حيث لايوجد ثمة خلاف واضح بينهما اللهم إلا فى أطراف التعاقد.

ثانيـا

التجديد والحوالة

تمهيد:

الذمة المشغولة بالدين ملزمة بأداء الدين إلى صاحب الحق مباشرة وقد تقضى الضرورة العملية أن يقوم بالوفاء غير المدين فينتقل تبعا لذلك الدين أو الحق من ذمة إلى أخرى.

وتسهيلا لهذه المعاملة توصلت الشرائع إلى إجازة نقل هذه الديون من ذمة إلى أخرى ونقل تلك الحقوق من ذمة إلى أخرى.

وفى انتقال الالتزام يتحول الالتزام ذاته فى قوامه وخصائصه «عند اغلب الفقهاء» وليس التزاما آخر سواء نظر إليه باعتباره حقا شخصيا من جهة الدائن أن نظر إليه باعتباره دينا من جهة المدين من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر إذ ينتقل الحق الشخصى من دائن إلى دائن وينتقل الدين من مدين إلى مدين آخر.

وانتقال الالتزام قد يكون إيجابيا «حوالة حق» وقد يكون سلبيا «حوالة دين».

وأشير هنا إلى:

أ- تعريف الحوالة وبيان مشروعيتها وحكمها.

ب- التجديد وحوالة الحق.

جـ- التجديد وحوالة الدين.

أ- تعريف الحوالة:

الحوالة فى اللغة:

بفتح الحاء وكسرها والفتح أفصح، هي النقل بمعنى الانتقال لأنها مأخذوه من التحويل أى نقل الشئ من محل إلى محل أو تحول الشئ إلى مكان آخر ومأخوذة من قولهم، حال عن العهد إذا انتقل عنه وتغير وقيل هى اسم بمعنى الإحالة يقال أحلت زيدا بماله على فلان[١].

وقد أكدت كتب الفقه على أن المعنى اللغوى لكلمة حوالة هو النقل[٢].

وورد فى القرآن الكريم ما يؤيد ذلك قال تعالى: ﴿**خالدين فيها لايبغون عنها حولا**﴾[٣].

وقد تعددت التعريفات للحوالة عند الفقهاء.

---

(١) يقول الزبيدى فى تاج العروس، جـ٧ باب اللام فصلا الحاء «أحال الشئ» «تحول» من حال إلى حال أو أحال الرجل تحول من شئ إلى شئ «كحال حولا وحؤولا» بالضم مع الهمز وأحال الغريم زجاه عنه إلى غريه آخر» ، القاموس المحيط، جـ٣، ص ٣٦٤ ، المصباح المنير مادة «حال»، ص ٧٣ ط ١ ، لسان العرب، العدد ٤٤، ص ١٩٠ مادة حول دارصادر بيروت.

(٢) جاء فى تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٧١: «أنها فى اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله وفى اللغة النقل مطلقا».

وجاء فى شرح منح الجليل، جـ٣، ص ٢٢٨: «الحوالة مأخوذة من التحول من شئ إلى شئ لزن الطالب تحول من طلب غريمه إلى طلب غريم غريمه»<

وجاء فى المهذب، جـ١، ص ٣٣٩ ، ونهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٠٨ ، مثل ذلك.

وجاء فى المعنى، جـ٥، ص ٥٤ ط ١٩٨٣ م «واشتقاقها "أى الحوالة" » من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة».

وورد فى المادة ٦٧٣ من مجلة الأحكام العدلية «هى لغة النقل».

(٣) سورة الكهف الآية، ١٠٨.

وأرى أن تعريف الحوالة المختار بعد النظر فى التعريفات المختلفة هو: «الحوالة عقد ينقل الحق والدين والمطالبة من ذمة إلى ذمة أخرى»(١).

وهذا التعريف يشمل حوالة الحق وحوالة الدين وفيه ترجيح للرأى القائل بأن الحوالة تنقل الدين والمطالبة لا المطالبة فقط(٢).

وفى القانون المدنى المصرى يقصد بانتقال الالتزام حلول شخص محل أحد طرفى الرابطة القانونية من غير أن يؤثر ذلك على طبيعة هذه الرابطة(٣).

ثانيا: مشروعية الحوالة:

لقد ثبتت مشروعية الحوالة بالسنة النبوية والإجماع والقياس.

فأما مشروعية الحوالة من السنة: ما جاء فى صحيح البخارى حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله -ﷺ- قال: «مطل الغنى ظلم فاذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع»(٤).

---

(١) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٧١ ، الفتاوى الهندية، جـ٣، ص ٢٩٥ ، مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٣٨ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٣٢٥ ، منح الجليل، جـ٣، ص ٢٢٨ ، فتح البارى، جـ٥، ص ٣٧٠ ، البهة فى شرح التحفة، جـ٢، ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٠٨ ، الروض المربع، ص ١٩٧ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٥، ص ٥٤، البحر الزخار، جـ٥، ص ٦٧ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٩٣ ، الاقناع، جـ٢، ص ٣٢٤ ، حاشية البرماوى، ص ١٩٨ ، حاشية قليوبى على شرح المنهاج، جـ٢، ص ٣١٩ ، م ٧٦٦ من مرشد الحيوان ، الروضة البهية، ص ٣٦٦ ، بداية المجتهد، جـ٣، ص ٢٥٠.

(٣) الوسيط، جـ١، ص ٢٦ ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٠٥ ، أحكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٤٧٦ ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٢١.

(٤) وفى رواية الإمام احمد عن سفيان عن ابى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة باستبدال كلمة «اتبع» بكلمة احيل، ورواه ابن رشد بلفظ «مطل الغنى ظلم واذا احيل احدكم على غنى فليستحل» كما رواه البخارى ومسلم عن أبى الزنادية «واذا» بدلا من «فاذا» ، صحيح البخارى مع فتح البارى، جـ٥، ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، مصابيح السنة للبغوى، جـ٢، ص ٨ ، نصب الراية لاحاديث الهداية للزيلعى، جـ٤، ص ٥٩ ، ٦٠ ، الموطأ، جـ٥، ص ٦٦.

وأصل المطل، المد يقال مطلت الحديدة مطلا إذا مددتها لتطول، والمطل إطالة المدافعة وأقل ذلك ثلاث مرات فهو حينئذ كبيرة مفسق وهو المراد بالظلم فى الحديث ودونها حرام غير مفسق.

ويؤخذ منه أن الغنى لو أخر الدفع مع عدم طلب صاحب الحق له لم يكن ظالما وهو المشهور، والملئ بالهمزة - هو المغنى[1].

والغنى هو من قدر على الأداء واخره.

بخلاف العاجز الذي لايقدر على الوفاء فمطله ليس بظلم لأنه يجب على دائنه انظاره لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[2].

فمماطلة الغنى تعتبر ظلم لأنه أكل لأموال الناس بالباطل وهذا منهى عنه فى هذا الحديث.

قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[3].

وأما الإجماع:

فقد انعقد على جواز الحوالة ولاعبرة بخلاف من خالف لأن الإجماع تابع للحديث وما دام الحديث صحيحا فلا بد وأن ينعقد الإجماع على مايشرع

---

(١) فتح البارى لابن حجر، جـ٥، ص ٣٧١ ، المصباح المنير مادة «مطل»، ص ١٠٤ ، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٣ ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ٧٤ ، حاشية البرماوى، ص ١٩٨ ، الاقناع، جـ٢، ص ٣٢٤.
ومطل الغنى: من اضافة المصدر لفالعه والمحذوف هو المفعول والتقدير مطل المدين الغنى للدائن فقير أكان أو غنيا حرام . السراج المنير بشرح الجامع الصغير للعزيزى، جـ٤، ص٣٥٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٩.

النص[١].

وأما القياس:

فهو قياس الحوالة على الكفالة حيث نجد أن المحال عليه كالكفيل التزم بما هو قادر على الوفاء به وهما معا طريق لتيسير استيفاء الحق.

والكفالة نقل الحق من ذمة إلى ذمة[٢].

حكمة تشريع الحوالة:

فى تشريع الحوالة تعاون بين الناس وتيسير فى أداء الحقوق لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾[٣].

ولقوله سبحانه وتعالى أيضا: ﴿فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان﴾[٤].

ولذلك فقد أجازت: المذاهب الإسلامية كلها الحوالة فى الجملة على اختلاف بينهم فى بعض الفروع[٥].

ولقد أقر القانون المدنى المصرى حوالة الحق وحوالة الدين فى المواد من ٣٠٣ إلى ٣٢٠.

وبناء على النظر إلى الالتزام نظرة موضوعية «كما فى الشريعة

---

(١) فتح البارى، جـ٥، ص ٣٧٢ ، شرح الجامع الصغير، جـ٤، ص ٢٦٠ ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ٧٤.

(٢) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٧٤ ، المحلى، جـ٨، ص ٥٢٧ ، شرح فتح القدير، جـ٦، ص ٢٨٣، ٢٨٤ ، بلغة السالك والشرح الصغير معه، جـ٢، ص ١٥٥.

(٣) سورة المائدة الآية: ٢.

(٤) سورة البقرة الآية: ١٧٧.

(٥) مجمع الأنهر، جـ٥، ص ٢٢٦ ، تحفة المحتاج، جـ٥، ص ٢٢٦ ، المغنى، جـ٥، ص ٥٤ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٦٧ ، المحلى، جـ٧، ص ١٨ ، شرح النيل، جـ٤، ص ٦٢٦.

الإسلامية» على عكس القانون الرومانى الذى كان ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية «والالتزام فيها لاينفك عن شخص طرفيه». فلا يتصور بقاؤه مع تغير طرفيه أو احدهما.

وتبعا للنظرة الموضوعية للالتزام، والتى يختلط فيها الالتزام بمحله حيث القيمة الاقتصادية له ، أجازت التشريعات انتقال الالتزام من الناحية الايجابية ومن الناحية السلبية ويسمى انتقاله فى الأولى حوالة الحق وفى الثانية حوالة الدين[١].

حكم الحوالة:

اتفق اكثر الفقهاء على أن حكم الحوالة هو «الجواز» فى الجملة وذلك لاشتراط الرضا بين أطراف العقد.

لأن معنى الرضا فى الشريعة الإسلامية هو توافق ارادة الشخص بحريته ورغبته واختياره مع ارادة اخرى على ابرام عقد أو انشاء التزام ما، وهذا ما قال به الحنفية والشافعية واكثر المالكية والامامية[٢].

وذهب الحنابلة: إلى ان من احيل بحقه على ملئ فواجب عليه أن يحتال[٣].

وذهب ابن حزم: إلى أن المحال يجبر على قبول الحوالة اذ انها تكون فرضا اذا توافرت أركانها وشروطها[٤].

(١) أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٢١.

(٢) يقول ابن حزم فى فتح البارى، جـ٥، ص ٣٧١: «ان الأمر فى قوله - ﷺ- «فليتبع» للاستحباب عند الجمهور، أى للندب وقيل هو أمر اباحة وارشاد» ، ويقول قاضى زادة: «ثمم اكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور «فليحتل» أمر استحباب» نتائج الافكار لقاضى زادة، جـ٥، ص ٤٤٤ ، نيل الأوطار، جـ٥، ص ٢٥٠ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٠٨ ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ٧٤ ، المنتقى شرح الموطأ، جـ٥، ص ٦٦ ، منح الجليل، جـ٣، ص ٢٢٩، البحر الزخار للمرتضى، جـ٥، ص ٦٧.

(٣) كشاف القناع، جـ٨، ص ١٢٦.

(٤) المحلى، جـ٨، ص ١٢٦.

ويرى الاباضية أن الأمر فيها للارشاد للمصلحة(١).

التكييف الفقهي للحوالة:

اختلف الفقهاء: في الصيغة التي يأخذها التحويل في الحوالة.

أولا: ذهب الحنفية إلى أن الحوالة من جنس ايفاء الحق لامن جنس البيع لأن قواعد المذهب الحنفي تأبى قبول الحوالة على أنها معاوضة ابتداء لأن الدين معدوم ولايجوز بيع المعدوم بالمعدوم اجماعا(٢).

ثانيا: يرى المالكية والشافعية والاباضية والظاهرية أن الحوالة بيع دين بدين جوز للحاجة فهي رخصة، فهي بيع لأنها ابدال مال بمال، لأن كل واحد ملك بها مالم يملك فكأن المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته(٣).

ثالثا: يرى الحنابلة أن التحويل يأخذ صيغة عقد ارفاق مستقل بنفسه، وهذا يعني أنه ليس عقد بيع(٤).

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ أطفيش، جـ٤، ص ٦٢٦.
والصحيح ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، وأنه يسن قبولها على ملئ مقر باذل لاشبه في ماله للحديث الشريف: «وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل» ولأن الحوالة عقد ارفاق.
وصرف الأمر عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات، بل هي أولى بعدم الوجوب وحديث: «لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه».

(٢) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٣، ٤٤٤، بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦، ١٨، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢٤٤، ٢٤٧.

(٣) فالحوالة مستثناة مما نهى عنه رسول الله - ﷺ - من بيع الكالئ بالكالئ، أي بيع الدين بالدين كما استثنيت العرايا من بيع التمر بالرطب وكما خصت الشركة والتولية والاقالة من بيع الطعام قبل قبضه وعند الشافعية أيضا رأى ضعيف، أنها استيفاء دين بدين، فكأن المحتال الشافعية أيضا رأى ضعيف، أنها استيفاء دين بدين، فكأن المحتال استوفى ماله على المحيل، وأقرضه المحال عليه. الصاوي على الشرح الصغير، جـ٢، ص ١٤٠، المنتقى شرح الموطأ للبجاجي الأندلسي، جـ٥، ص ٦٦، شرح الجلال المحلي على المنهاج، جـ٢، ص ٣١٩، مغني المحتاج، جـ٢، ص ١٩٣، المهذب، جـ١، ص ٣٣٧، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٠٨، شرح النيل، جـ٤، ص ٦٢٥، المحلى، جـ٨، ص ١٠٨.

(٤) جاء في المغني: «وقد قيل إنها بيع فان المحيل يشترى ما في ذمته بماله في ذمة المحال (=)

وإلى هذا الرأى ذهب الزيدية والإمامية[١].

والراجـــــح:

هو ماذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من أن الحوالة عقد ارفاق لأن الحوالة وإن كانت تنقل الدين ولكن هذا النقل غير بات عند الحنفية لأنه مشروط بعدم التوى، أما البيع فان نقله للملكية بات قاطع.

وقد ذهب القانون المدنى المصرى إلى أن الحوالة عقد مستقل بذاته يؤدى إلى انتقال الالتزام سلبا أو ايجابا ، ووضع له أحكاما خاصة به.

ولذلك فصل القانون الحوالة عن عقد البيع وخصص لها بابا مستقلا تحت اسم «انتقال الالتزام»[٢].

ب- التجديد وحوالة الحق:

قبل أن ابين أوجه التشابه والاختلاف بين تجديد الالتزام وحوالة الحق ابين تعريف حوالة الحق واقسامها واطرافها.

تعريف حوالة الحق:

مضمون حوالة الحق أن يكون لشخص على آخر حق فيحيل صاحب الحق شخصا ثالثا بالحق الذى له فى ذمة الأول وينتقل الحق من المحيل إلى المحال فيصبح المحال بهذا مالكا للحق وللمطالبة به بموجب عقد الحوالة.

(=) عليه. وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لوكانت بعيا لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز قبل القبض لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع، فعلى هذا لايدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد هذا اشبه بكلام أحمد واصوله»
المغنى، جـ٥، ص ٥٤ ، شرح منتهى الارادات، جـ٢، ص ١١٩.

(١) البحر الزخار، جـ٥، ص ٦٧.

(٢) الوسيط، أ.د. السنهورى، جـ٣، ص ٤٤٣ ، ٥٥٣ ، ٥٥٤.

وعلى هذا يكون: تعريف حوالة الحق هو: «نقل الحق والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه».

أو هى: «نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم»(١).

وفى القانون المدنى المصرى يمكن تعريف حوالة الحق بأنها: «اتفاق ينقل بموجبه الدائن حقه فى التزام معين إلى شخص آخر يقبل أن يحل فيه محله»(٢).

ويسمى الدائن المحيل ويسمى الشخص الآخر المحال إليه أى هى عقد ينقل به الدائن حقه على المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه فى ذلك الدين، أى أنها عقد يتبدل به الدائن.

أقسام حوالة الحق:

لقد ميز فقهاء الحنفية بين نوعين من الحوالة ، الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة م ٦٢٩ من المشروع التمهيدى لتقنين الشريعة الإسلامية: «الحوالة إما أن تكون مطلقة أو مقيدة بالأداء من عين أو دين للمحيل على المحال عليه» فالحوالة المطلقة أو المرسلة هى أن يرسل الحوالة ارسالا ولايقيدها بشئ مما عند المحال عليه من وديعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شئ مما ذكرنا. المذكرة الايضاحية للمادة ٦٢٩.

الحوالة المطلقة هى أن يقول المحيل للمحال أحلتك بالألف التى لك عندى على هذا الرجل، ولم يقل ليؤديها من المحال الذى لى عليه.

فلو أن له عنده وديعة أو مغصوبا أو دينا كان له أن يطالبه به، لأنه

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٢١ ، شرح القانون المدنى، أ.د. سلطان مرقس، ص ٧٧٧ ، أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٤٧٧، ط ١٩٨٨ ، ١٩٨٩.

لاتعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقوع الحوالة مطلقة عنه بل بذمة المحال عليه، وفى الذمة سعة، فلو أخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لاتبطل الحوالة، ومن الحوالة المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولاعليه شئ.

والحوالة المقيدة هى التى تقيد الاداء فيها من عين أو دين للمحيل على المحال عليه وهى ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة، أو عين مغصوبة أو بدين خاص(١).

م ٦٣٠ - المذكرة الايضاحية:

والحوالة المقيدة بأقسامها الثلاثة لايملك المحيل فيها مطالبة المحال عليه بذلك الدين ولابتلك العين لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه من على مثال الرهن، وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز، فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب لأنه استهلك ماتعلق به المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه(٢).

والمقيدة هى ماكانت بدين للمحيل على المحال عليه أو كانت بعين فى يده سواء كانت وديعة أو مغصوبة.

والحوالة المقيدة قد تكون حوالة حق أو حوالة دين أما المطلقة فلا تشمل إلا حوالة الدين فقط.

أما فى بقية المذاهب الفقهية، فحوالة الحق عندهم قسم واحد وهى الحوالة المقيدة لأنهم لايقولون بالحوالة المطلقة ولاتندرج تحت مسمى الحوالة.

فالحوالة عندهم عملية يقصد بها تسوية دين المحيل للمحال بالحق الذى عند المحال عليه للمحيل وبهذا يتضح لنا انها الحوالة المقيدة(٣).

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٠٦ ، ٣٠٧.
(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية، ص ٣٠٨ ، ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٠٦ ، ٣٠٧.
(٣) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦ ، ومشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام (=)

أوجه التشابه بين حوالة الحق وتجديد الالتزام:

حوالة الحق المقيدة فى الفقه الإسلامى تشبه تجديد الالتزام بتغيير الدائن، لأنها تنطوى على استبدال للدائن فى العلاقة بين المحال عليه بصفته مدينا للمحيل والمحيل بصفته دائنا للمحال عليه.

وطبقا لما ذهب إليه الحنفية يمكن القول أن حوالة الحق المقيدة تنطوى أيضا على حوالة دين حيث يتغير المدين بالنسبة للمحال، فحوالة الحق المقيدة عند الحنفية قد تكون حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد وهى تحوى حوالة حق المحيل إلى المحال كما تحوى نقل ما بذمة المدين الأصلى إلى ذمة الدائن الجديد.

أما الحوالة المنفردة التى اطلقوا عليها اسم الحوالة المطلقة فهى عندهم لاتشمل إلا حوالة الدين.

هذا بجانب أنهم تكلموا عن حوالة الحق المنفردة فى مجالات أخرى دون أن يكون للمحال دين قبل المحيل وإنما قام فقط بتحويل المحال إلى مدينه ليقبض الحق إما على سبيل الاقتراض أو الهبة أو الزكاة أو لغرض آخر يقصده المحيل وتعتبر هذه الصور حوالة حق غير مقيدة بوفاء دين للمحال على المحيل، أى حوالة حق مطلقة(١).

وحوالة الحق «المقيدة» عند بقية المذاهب تنطوى على تغيير الدائن ليحل الدائن الجديد محل الدائن السابق عندما يقوم المحيل بصفته مدينا بتحويل المحال الدائن له إلى المحال عليه لاستيفاء ماله من حق.

ففى هذه العلاقة يتم تغيير الدائن بدائن جديد بالنسبة للمحال عليه ،

(=) ابى حنيفة، ص٣٠٧ م ٦٢٩ ، الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ٣٢٥ ، حاشية الشرقاوى على التحرير، جـ٢، ص ٦٢ ، المغنى، جـ٥، ص ٥٥ ، المحلى، جـ٨، ص ١١٠ ، شرح كتاب النيل، جـ٩، ص ٣٨.

(١) محمد عباس السامرائى، ص ١٣٢.

فالمحيل هنا ذو صفتين:

الأولى: مدين للمحال ، والثانية: دائن للمحال عليه وعندهم إتمام الحوالة. يتم تحـول مطالبـة الدائن من المحـيل المدين إلى مطالبـة المحـال عليـه المدين للمحيـل.

فيتغير الدائن بالنسبة للمحال عليه فى حوالة الحق المقيدة عند كافة المذاهب الفقهية بجانب اطلاقها فى بعض الصور عند الحنفية.

فالمحال عليه حينما يقوم بوفاء حق الدائن الذى حول إليه تبرأ بذلك ذمته قبل المحيل بصفته دائنا له وتبرأ أيضا ذمة المحيل قبل المحال بصفته مدينا له بالدين الذى كان فى ذمته.

وحوالة الحق فى القانون المدنى المصرى: «هى عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه إلى شخص ثالث يصير دائنا للأخير بدل الأول»(١).

وقد تناول المشرع أحكام حوالة الحق فى المواد من ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدنى مصرى فى باب انتقال الالتزام، وهى انتقال للجانب الإيجابى.

والتجديد هو استبدال دين جديد بآخر قديم أو هو إحلال دين جديد محل دين آخر قديم يختلف عنه اما فى أحد الأطراف أو المصدر أو المحل.

فالتجديد عبارة وجيزة اتفاق ينقضى به دين وينشأ بمقتضاه آخر يحل محل الأول ويختلف عنه فى عنصر من عناصره الأساسية(٢).

فتجديد الالتزام بتغيير الدائن فى القانون المدنى يقابل أيضا حوالة الحق

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٤٤٢ ، ٤٤٧ ، أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٢٢، بند٢٣٦.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٢٦ ، بند ٢٣٣.

فى هذا القانون.

فهما يتفقان معا فى أنهما يتضمنان تغييرا للدائن حيث ينقلان الحق المحال به من المحيل إلى المحال له «الدائن الجديد».

فالتجديد بتغيير الدائن هو تجديد بتغيير طرف من أطراف الالتزام القديم وهو بهذا يشبه حوالة الحق.

أوجه الخلاف بين التجديد وحوالة الحق:

أ- من حيث الأثر: نجد أن حوالة الحق هى طريق من طرق انتقال الالتزام وانتقال الالتزام يعنى تحويله من دائن إلى دائن آخر بحيث ينتقل إلى المحال إليه الحق الذى للمحيل.

أما التجديد بتغيير الدائن فانه يعد من طرق انقضاء الالتزام فالمحال له إنما يحل محل المحيل فى الالتزام الأصلى الذى لايتغير بالنسبة للمدين المحال عليه وينتفع المحال له بكل المزايا التى للحق المحال به.

ب- فى حوالة الحق ينتقل الالتزام نفسه من دائن إلى دائن آخر بضماناته وصفاته ودفوعه، أما فى التجديد محل الالتزام الأصلى التزام جديد بضماناته وصفاته ودفوعه أو قد تختلف عن تلك التى كانت مقررة للالتزام الأصلى.

فالتجديد ينشئ التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلى فيما يميزه من خصائص وما يتصل به من توابع.

ومن هنا يجب لحصول التجديد أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم، ولكن لايحل محله فى الحق ذاته بل فى حق جديد[١].

فانقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد هو المميز الجوهرى الذى

---

(١) الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٩٦٩، ط ١٩٨٤م.

يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة وحوالة الحق من جهة أخرى.

أما من حيث الانعقاد فنرى أن التجديد لايتحقق إلا بتوافق الإرادات الثلاث: الدائن الجديد والدائن القديم والمدين، وعلى ذلك فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن فى نفس الدين بل يكون هناك اتفاق على تضامن مابين الدائنين.

كما لايكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائنا بل وكيلا عن الدائن فى قبض الدين[١].

أما فى حوالة الحق فلا يلزم رضا المدين طبقا لنص المادة ٢٩٠ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية.

وهذا مانصت عليه المادة ٣٠٣ بقولها: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين».

وإذا كانت الحوالة يمكن أن تتم حتى رغم اعتراض المدين عليها فانها لاتكون نافذة فى مواجهة المدين إلا إذا قبلها أو اعلن بها.

وهذا مانصت عليه المادة ٣٠٥ م م: «لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو اعلن بها إلا أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».

وهنا يكفى إعلان المدين لنفاذ الحوالة فى حقه لا لانعقادها وذلك لعدم وجود دين جديد يلتزم به المدين فى الحوالة لأن الحق نفسه هو الذى ينتقل وهو ملتزم به بخلاف التجديد الذى يقضى التزاما وينشئ التزاما جديدا يتطلب رضا من يلتزم به[٢].

(١) الوسيط، للسنهورى، المرجع لاسابق، هامش ص ٨٢٦.
(٢) نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، أ.د. احمد حشمت ابو ستيت، ص ٦١٦.

ويترتب على هذه الآثار أن الكفالة والضمان العينى المقدم من غير المدين ينتقلان مع الحق فى الحوالة ولكنهما لايمكن أن يكونا ضامنين للالتزام الجديد فى تجديد الدين.

إلا إذا وافق الكفيل حين عقد التجديد على ذلك.

ولهذا كانت الحوالة هى الوسيلة العملية السليمة لنقل الدين التى تضاءلت أمامها أهمية التجديد فى القوانين المدنية الحديثة فأعرضت عنه بعضها مستغنية بالحوالة، كما استغنى الفقه الإسلامى بها عنه.

وبهذا يظهر مدى التباين والاختلاف بين حوالة الحق وتجديد الالتزام.

جـ- التجديد وحوالة الدين:

أفاض الفقه الإسلامى فى الحديث عن حوالة الدين وجوزها بجميع مذاهبه.

وحوالة الدين: هى إحلال مدين محل مدين. فإذا كان لزيد على بكر دين مقداره مائة جنيه «مثلا» فأحال بكر زيدا على خالد ليأخذ زيد دينه الذى له على بكر من خالد. فيكون هو المحيل وزيد هو المحال وخالد هو المحال عليه، فان كان لبكر فى ذمة خالد دين، أو كان له عنده مال أمانة أو مضمون وقيدت به الحوالة صحت وسميت بالحوالة المقيدة، وإن لم يكن لبكر دين فى ذمة خالد، ولامال تحت يده مضمون أو أمانة أو كان له شئ من ذلك ولكن لم تربط الحوالة به بل رضى خالد بأن يلتزم بأدائها من ماله الخاص صحت الحوالة أيضا وسميت بالحوالة المطلقة.

ولابد من رضا الجميع فى كلتا الحوالتين، المقيدة والمطلقة.

فأما المحال عليه «خالد» فلأنه هو الملتزم بدفع دين الحوالة وقد يكون من ماله الخاص ، وقد يضيع عليه كما فى أحوال التوى فى الحوالة المطلقة.

وأما المحال «زيد» فلأن فى الحوالة انتقال حقه إلى ذمة أخرى ، والذمم متفاوتة.

وأما المحيل «بكر» فلأن ذوى المرؤات يأنفون من تحمل غيرهم ماعليهم من الدين فلابد من رضاه.

وقيل لايشترط رضا المحيل «أى المدين الأصلى» لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه «أى فى الحوالة المطلقة».

والمحيل لايتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لايرجع عليه إذا لم تكن الحوالة بأمره.

وتتم حوالة الدين فى صورتها الغالبة باتفاق بين المدين والغير على أن يتحمل الأخير بالدين بدلا من المدين الأصلى.

ولكن ليس هناك مايحول دون ان تتم الحوالة باتفاق الدائن والغير ، فالذى يتغير فى حوالة الدين هو المدين حيث يحل محله غيره فى كل ماعليه ، وهذا هو الانتقال السلبى للالتزام حيث يقتصر على حوالة الدين وحدها.

وقد اختلف الفقهاء فى تعريف حوالة الدين تبعا لاختلافهم فى الأثر المترتب عليها، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل(١).

---

(١) أ- فعرفها جمهور الحنفية: بأنها «نقل الدين من زمة إلى ذمة» أى من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٥، ص ٣٤٠، ط ١٣٨٦ هـ- ١٩٦٦م ، مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٤٦، ط دار الطباعة العامة ، نشر دار احياء التراث العربى ، شرح فتح القدير، جـ٦، ص ٣٤٥، دار احياء التراث العربى ، بيروت - لبنان ، درر الحكام فى شرح غرر الأحكام لملاخسروا، جـ٣، ص ٣٠٨.
ب- وعند المالكية: عرفها ابن عرفة: «بأنها نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى» الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٣٢٥، ط مطبعة عيسى الحلبى ، الشرح الصغير وحاشيته، جـ٢، ص ١٦٨ ، شرح منح الجليل لمحمد عليش، جـ٣، ص ٢٢٨.
جـ- وعند الشافعية: «هى عقد يقتضى انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى» شرح(=)

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية: إلى أنها لاتوجب براءة ذمة المحيل[1].

ويتضح لنا من ذلك أن هناك اتفاقا على أن الحوالة تنقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه باستثناء بعض الحنفية القائلين بأنها تنقل المطالبة فقط.

وعرف صاحب مرشد الحيران حوالة الدين فى المادة ٨٧٦ بأنها: «نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه».

وكذلك عرفتها مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧٣ على أنها تعنى: «نقل الدين من ذمة إلى أخرى».

وأوردت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تعريفها أكثر وضوحا لحوالة الدين فى المادة ١١٥٥ بأنها: «عقد ارفاق يقتضى انتقال الدين من ذمة إلى أخرى غير جزية».

(=) الجلال المحلى على المنهاج جـ٢، ص ٣١٩ ، المهذب، جـ١، ص ٣٣٧ ، حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى، جـ٣، ص ٣٧٠ ، ط مطبعة مصطفى محمد - مصر ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ٦٨، ط ١٩٢٨ ، مغنى المحتاج، جـ٢ ص ١٩٣.

د- وعند الحنابلة: «هى نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه أو هى تحويل الحق من ذمة إلى ذمة» كشاف القناع، جـ٣، ص ٣٨٢ ، ط عالم الكتب، بيروت - لبنان ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، شرح منتهى الإرادات، جـ٢، ص ٢٤٠، ط عالم الكتب، بيروت - لبنان ، حاشية الروض المربع، جـ٥، ص ١٤٤، ط المطابع الأهلية، الرياض، ط ١ سنة ١٣٩٨هـ ، الكافى، جـ٢، ص ٢١٨، منشورات المكتب الإسلامى، دمشق، ط ١ سنة ١٩٨٢م ، المغنى مع الشرح الكبير، جـ٥، ص ٥٤ ط دار الكتاب.

وكذلك عرفها الظاهرية والأباضية والشيعة بما يقرب من هذه التعاريف، المحلى، جـ٨، ص ٥١٧، ط ١٩٦٩ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٦٧.

شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جـ٩، ص ٣٧٩، ط ١٩٨٥م.

فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد، جـ٤، ص ٦٣، ط ١٩٨٤.

تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ص ٢٢٦ ، السيل الجرار، جـ٤، ص ٢٤١ ، ٢٤٢، ط١٩٨٥م.

(١) فعرفها بأنها: «نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم» البحر الرائق، جـ٦، ص ٢٤٥ ، حاشية رد المحتار، جـ٥، ص ٣٤٠.

وجاء بالمادة ١١٥٦ من نفس المجلة أن: «الإحالة نقل المدين ما عليه إلى ذمة غيره بايجاب».

وفى القانون المدنى المصرى:

اظهرت المادة ٣١٥ تعريف حوالة الدين إذ قالت: «تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

ومعنى حوالة الدين من خلال هذه التعريفات أن يكون على شخص لآخر دين فيحيل المدين دائنه على شخص ثالث يصير مدينا للدائن بدل المدين الأول.

ويترتب على هذا انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل من دين المحال ويصبح المحال عليه مدينا للمحال بدل المحيل وتتوجه إليه مطالبة المحال بالدين(١).

وبهذا تختلف حوالة الحق عن حوالة الدين التى يكون الطرف المتغير فيها هو المدين.

وإذا أردنا الوقوف على تعريف جامع للمعرف نرى أنه: «عقد يقتضى نقل الدين من ذمة إلى أخرى بدين مماثل له ، فتبرأ بذلك النقل الذمة الأولى».

شرح التعريف:

عقد: جنس فى التعريف ، وهذا العقد ينقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

وما دامت الحوالة: نقلا فقد خرجت الكفالة لأنها ضم ذمة إلى ذمة

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٢٩ ، شرح القانون المدنى، أ.د. سليمان مرقس، ص ٧٩١ ، المطبعة العالمية، سنة ١٩٦٤م.
أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٤٥ ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، جـ١، ص٢٦.

وليست نقلا حتى ولو قلنا برأى محمد بن الحسن الشيبانى بأن الحوالة تنقل المطالبة فقط لأن الكفالة لاتنقل الدين ولا المطالبة.

والنقل الذى تؤديه الحوالة إنما هو نقل حكمى «أى اعتبارى» لانقل حسى والدين وصف حكمى فى الذمة يمكن أن يتأثر بالنقل الحكمى ولهذا فهو مختص بالدين، إذ لايتصور فى الأعيان إلا النقل الحسى، لأن العين حسية ولايمكن اعتبارها فى محل ليست فيه، لأن الحس يكذبه[١].

ولاترد المقاصة إذ هى ليست طرحا ولانقلا للدين من ذمة إلى ذمة أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له[٢].

وقد اعترض على تخصيص الحوالة بنقل الدين: بأن الحوالة تصح بالدراهم الوديعة ، مع أنه ليس فيها نقل دين بل فيها نقل عين.

وأجيب عن هذا: بأن هذه وكالة فى قبض الحق وليست حوالة، وعلى فرض التسليم بأنها حوالة ، فان فيها نقل الدين ، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع، فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع، وصار المودع مطالبا بالدين، كأنه فى ذمته فكانت حوالة بالدين لابالعين.

نعم لو أحال المودع رب الوديعة بها على آخ كانت حوالة بالعين فلا تصح.

من ذمة إلى أخرى: أى من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

بدين مماثل له فتبرأ بذلك النقل الذمة الأولى، وهذا هو الأثر المترتب على تحويل الدين[٣].

(١) محمد عباس الشامرانى، ص ٢٨.

(٢) مصادر الحق، د. عبد الرزاق السنهورى، جـ٦، ص ٢٦ ، ٢٧.

(٣) مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٩٣ ، حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى، جـ٣، ص ٣٧٠ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، جـ٥، ص ٣٤٠ ، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١٧١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.

وهذا التعريف يتناسب مع التعريف اللغوى وإن كان التعريف اللغوى أعم منه، لأنه يشمل بالإضافة إلى نقل الدين نقل العين.

وبالنظر فى التجديد وحوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى نجد أن:

السادة المالكية يشترطون أن يكون الدين المحال به حالا وقت عقد الحوالة وأن يتم قبضه قبل التفرق، وأن ذلك شرط من شروط الصحة، لأنه إذا لم يكن كذلك فانه يؤدى إلى تعمير ذمة بذمة أخرى وذلك يؤدى إلى بيع الدين بالدين المنهى عنه لذلك يشترط حلول الدين المحال به[1].

أما بقية المذاهب الأخرى فانها تشترط وجود دين للمحيل قبل المحال عليه دون اشتراط كونه حالا وبالتالى فيجوز أن يكون غير حال.

فالمحيل بدلا من استيفاء دينه من المدين ثم يقوم بوفائه إلى الدائن يختصر هذين الطريقين عن طريق الحوالة ويكون بهذه العملية قد وفى دائنه بتحويله إلى مدينه المحال عليه.

وهذه العملية تعتبر تجديد بتغيير المدين حيث ينقضى الدين الأصلى بالوفاء بالحوالة ويحل محله دين جديد حيث أن المحال عليه ليس هو المدين الأصلى فالدين الأول ليس هو الثانى.

وقد يكون للدين الجديد تأمينات غير التى كانت للأول فليس هو ذاته بل يمكن أن يكون له تأمينات أخرى جديده.

فالذى يتم بالحوالة المقيدة فى المذاهب الفقهية عدا الحنفية هو براءة ذمة المحيل عن دين المحال وينشأ التزام جديد ليس هو نفس الالتزام الأول الذى كان فى ذمة المحيل للمحال بل يعتبر الذى نشأ هو دين مناظر أو معادل له[2].

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧.

(٢) كشاف القناع، جـ٢، ص ٤٨.

فالحوالة هنا من جنس ايفاء الحق وليست من جنس البيع لأن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء أما إذا أحالة فان غيره وهو المحال عليه يكون قد استوفى الدين الذى فى ذمة المحيل من قمة المحال عليه وهذا هو الوفاء وليس البيع[١].

أما الحوالة فى المذهب الحنفى سواء كانت مقيدة أو مطلقة وخاصة عند الإمام وأبى يوسف فهى إذا كانت تنقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه.

فان ذلك يؤدى إلى إحلال الدين الثابت فى ذمة المحال عليه مكان الدين الثابت فى ذمة المحيل للدائن المحال ، ولاشك أنهما مختلفان من حيث التأمينات التى تكفل كلا منهما.

من ذلك فإن الدين الذى يتم الوفاء به من المحال عليه للمحال يعتبر دينا جديدا غير ما هو مدين به المحيل للمحال.

من هنا يمكن القول بأن الحوالة المقيدة عند أبى حنيفة وأبى يوسف تعتبر تجديدا بتغيير المدين حيث تم استبدال المحيل وهو المدين الأصلى بالمحال عليه وهو المدين الجديد.

وهذا خلاف ماذهب إليه محمد وزفر من الحنفية حيث رأى الأول أن الحوالة مطالبة فقط وليست انتقالا.

ورأى الثانى أنها لاهذا ولا ذاك بل هى كفالة محضة.

وعموما فحوالة الدين المقيدة فى الفقه الإسلامى قد تنتهى إلى تجديد بتغيير المدين بالنظر إلى الوفاء بالدين حيث يتغير شخص الموفى به، وإلى تجديد بتغيير الدائن بالنظر إلى الحق الذى يراد الوفاء به ولمن سيؤدى.

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم، جـ١، ص ٣٤١.

مدى التشابه بين حوالة الدين والتجديد فى القانون المدنى المصرى:

حوالة الدين يتغير فيها المدين الأصلى بمدين جديد يصبح هو الملتزم باداء الدين للدائن «المحال».

والتجديد قد يتم بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلى ومن ثم تبرأ ذمة المدين الأصلى بناء على هذا الاتفاق ودون حاجة لرضائه.

أو يكون الاتفاق بين المدين الأصلى والدائن على أن يكون هناك شخص آخر يلتزم بالوفاء بالدين.

وهنا يتفق التجديد مع حوالة الدين فى أنه يتم تغيير المدين الأصلى بمدين جديد.

إلا أن الأمر فى حوالة الدين يختلف عن التجديد حيث أن الالتزام فى الحوالة ينتقل بذاته ومعه جميع مقوماته وخصائصه ودفوعه من مدين إلى مدين جديد.

أما الحكم فى التجديد فيختلف حيث ينشأ التزام جديد له تأمينات وصفات غير تلك التى كانت للالتزام القديم فى ذمة المدين الأصلى.

كما أن التجديد بتغيير المدين يتم باتفاق بين المدين القديم والدائن أما فى حوالة الدين فقد تنعقد باتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد وحدهما ثم يتوقف نفاذ الحوالة على إقرار الدائن.

وقد تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين الجديد والدائن «الصورة الخاصة للحوالة» وحدهما والتجديد أيضا قد يتم باتفاق بين المدين الجديد والدائن وهنا يكون التشابه بين حوالة الدين والتجديد.

ومن هنا تضاءلت الأهمية العملية للتجديد فى الوقت الحاضر نظرا لأن حوالة الحق وحوالة الدين، والإنابة والحلول تحقق الغرض من هذا النظام بل وتفضله من بعض الوجوه.

بيد أن للتجديد مزايا ماتزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره وإن كان من النادر أن يدعو الأمر إلى ذلك(١).

(١) أحكام الالتزام، د. جلال على العدوى، ص ٣٣٣ ، النظرية العامة للالتزام، د. توفيق حسن فرج، ص ٢٢٣ ، القانون المدنى، احمد فتحى زغلول، المطبعة الاميرية، سنة ١٩١٣، ص ١٩٥.

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدنى في التمييز بين حوالة الدين والتجديد

١- من حيث التعريف:

فحوالة الدين هى اتفاق يتم بمقتضاه نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه[١].

وهذا المعنى موجود فى التجديد فى القانون المدنى حيث ينتقل أداء الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد.

فالمدين الجديد سواء فى حوالة الدين أو التجديد ليس هو ذاته المدين القديم.

ومن هنا فحوالة الدين وتجديد الالتزام متفقان، من حيث التعريف ومن حيث التغيير فى شخص المدين.

٢- من حيث الانعقاد والنفاذ:

من حيث انعقاد حوالة الدين ونفاذها فى حق الدائن نجد أن لها عدة صور فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون المدنى كما يلى:

الصورة الأولى: انعقاد الحوالة بين المحال «الدائن» والمحيل «المدين القديم» وهنا لايجوز للدائن مطالبة المحيل «المدين القديم» بل يطالب المحال عليه بالدين لأنه أصبح المدين الجديد.

وفى هذه الحالة يضمن المدين الأصلى يسار المدين الجديد حتى تتم برائة ذمته م ٣١٩م.

(١) البحر الرائق لابن نجيم، جـ٦، ص ٢٤٥ ، وفتح القدير لابن الهمام، جـ٥، ص ٤٤٥ ، ص٤٤٦.

أما فى الفقه الإسلامى فان هذه الصورة تنعقد موقوفة على رضا المحال عليه «المدين الجديد» عند الحنفية والشافعية[(١)].

أما عند المالكية فلا يعتبر رضاه إلا إذا كان بينه وبين المحال عداوة[(٢)].

أما الحنابلة فلا يشترطون رضاه.

وهذه الصورة لامحل لها فى التجديد حيث لايعقل أن يتم التجديد من غير رضاء المدين الجديد «المحال عليه» إلا على ماذهب إليه الحنابلة والمالكية.

والصورة الثانية من صور انعقاد التجديد باتفاق اطرافه الثلاثة رضاهم فى القانون المدنى.

الصورة الثانية: انعقاد الحوالة بين المحال والمحال عليه.

تنعقد حوالة الدين فى كل من المفهومين الإسلامى والقانونى بين الدائن والمدين الجديد الذى يحل محل المدين الأصلى.

وهذه الصورة تتفق مع التجديد بتغيير المدين إذا ما ثم انعقاده باتفاق بين الدائن والمدين الجديد م ٣٥٢م.

ويلاحظ هنا أن حوالة الدين عند الحنابلة تنعقد بأيجاب المحيل فقط ولايحتاج الأمر إلى رضاء المحال أو المحال عليه إلا إذا لم يكن المحال عليه مليئا[(٣)].

فالمعول عليه فى هذه الصورة هو انعقادها ونفاذها إذا تمت برضا المحال

---

(١) رد المحتار، جـ٥، ص ٣٤١ ، المهذب للشيرازى، جـ١، ص ٣٤٠.
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جـ٢، ص ٢٥٠.
(٣) المغنى مع الشرح الكبير، جـ٥، ص ٦١.

والمحال عليه فى الحوالة واللذان هما الدائن والمدين الجديد فى التجديد على ماذهب إليه القانون المدنى وجمهور الفقهاء فى الفقه الإسلامى.

الصورة الثالثة: انعقاد الحوالة بين المحيل والمحال عليه.

هنا تنعقد الحوالة موقوفة على قبول المحال «الدائن» وهذه الصورة يتفق فيها القانون المدنى مع ما جاء بالمذاهب المختلفة فى الفقه الإسلامى ويتفق مع صورة التجديد بتغيير المدين إذا ما تم الاتفاق بين أطرافه الثلاثة وهما الدائن والمدين الأصلى والمدين الجديد.

الصورة الرابعة: انعقاد الحوالة والتجديد برضا الأطراف الثلاثة.

نصت المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران على هذه الصورة بقولها: «يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أى المحيل والمحتال والمحتال عليه وهذه الصورة لم يتعرض لها القانون المدنى فى الحوالة وهذه الصورة جائزة لأنه طالما تم العقد بين أطرافه الثلاثة فانه يقع صحيحا منتجا لأثاره.

٣- من حيث آثار حوالة الدين:

آثار حوالة الدين كثيرة ومتعددة وهى:

اولا: انتقال الدين:

وهذا هو الأثر الجوهرى لحوالة الدين حيث ينتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ويترتب على ذلك حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الوفاء بالدين وانشغال ذمته من وقت انعقاد الحوالة.

وهذا الأثر يتفق فيه القانون المدنى مع ما جاء فى الفقه الإسلامى من أحكام بصفة عامة.

ويتفق أيضا مع التجديد بتغيير المدين حيث ينتقل الدين من ذمة المدين

الأول «المحيل» إلى ذمة المدين الثانى وتبرأ ذمة الأول بالتجديد.

من هنا يأتى التشابه بين أحكام التجديد وحوالة الدين فى هذا الأثر وهذا الانتقال حكمى لاحسى يدل على ترك المحال دينه فى ذمة المحيل بمثله فى ذمة المحال عليه والنقل فى الدين لافى العين يكون نقلا اعتباريا وليس نقلا حسيا(١).

الاثر الثاني: انتقال الدين بصفته:

ينتقل الدين من المحيل «المدين القديم» إلى المحال عليه «المدين الجديد» فى الفقه الإسلامى بصفته التى كان عليها وقت انعقاد الحوالة فاذا كان الدين «المحال به» حالا على المحيل فانه يكون كذلك على المحال عليه.

وإذا كان الدين «المحال به» مؤجلا على المحيل كان كذلك على المحال عليه ولايلزم الدفع إلا عند حلول الأجل.

ومعنى ذلك أن الدين ينتقل بصفته من حيث الجنس، كذهب بذهب والصفة كدولار أمريكى بدولار ومن حيث الحلول والتأجيل.

والأمر كذلك فى نطاق القانون المدنى فالدين ينتقل بالصفة التى كان عليها فاذا كان الدين معلقا على شرط أو مضافا لأجل فانه ينتقل بهذا الشرط وبهذا الأجل وكذلك اذا كان الدين تجاريا أو منتجا لفوائد ربوية فينتقل بنفس الصفة التجارية وبنفس سعر الفوائدة التى كانت للدين فى ذمة المحيل.

وهذا الأثر هو ماتتميز به حوالة الدين عن التجديد.

لأن التجديد للدين يتم بدين جديد له صفات تختلف عن صفات الدين

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٦، ص ٣٤٦، داراحياء التراث العربى، بيروت، والدسوقى على الشرح للدردير، جـ٣، ص ٣٢٦، المهذب للشيرازى، جـ١، ص ٣٤٤، ٣٤٥، المغنى والشرح الكبير، جـ٦، ص ٥٥.

الأول إلا إذا تم الاتفاق على التزام المدين الجديد بدين له صفات مثل صفات الدين الذى كان يلتزم به المدين القديم.

الأثر الثالث: انتقال الدين بضماناته ودفوعه:

مضمون نص المادة ٣١٨م أن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بكافة ضماناته وتأميناته كرهن رسمى أو حيازى أو حق امتياز أو حق اختصاص لمصلحة الدائن.

أما الكفالة العينية أو الشخصية، فان الكفيل لايبقى ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى هذا الكفيل بضمان هذا الأجنبى.

وبالنسبة للدفوع فللمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها بجانب حقه فى التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته كالتمسك ببطلان الدين أو انقضائه، أو التمسك ببطلان عقد الحوالة لانعدام الرضا أو عدم مشروعية المحل أو السبب[1].

وهذا الأثر يختلف اختلافا جوهريا مع أثر التجديد حيث ينتقل الدين من غير ضماناته ودفوعه فى التجديد لما ينشئه من ضمانات جديدة.

وبالنظر إلى أحكام الفقه الإسلامى نجد أن هناك اختلافا بين المذاهب فى ذلك.

فعند أبى حنيفة وأبى يوسف والشافعية والحنابلة، أن الضمانات مثل الرهن والكفالة التى كانت تضمن الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى تنقضى ولاتنتقل بالحوال وفى كل الأحوال فالمحال لايستفيد بما كان يضمن الدين المحال به من تأمينات.

أما بالنسبة للكفالة فهى معلقة على مشيئة الكفيل، إن رضى ضمن

---

(١) د. فتحى عبد الرحيم، ص ٣١٩.

المحال المحال عليه وإن أبى فلا تنتقل الكفالة شخصية كانت أم عينية، فالحوالة بالدين المضمون تبرئ ذمة الضامن والمضمون عنه[١].

وهذا الاتجاه يتفق مع أثر التجديد فى نقله للدين إلى ذمة المدين الجديد بتأمينات وضمانات تختلف عن ضمانات وتأمينات المدين القديم.

أما مذهب المالكية، فليس للمحال حق الرجوع على المحيل بشئ طالما أن المحيل شرط البراءة من الدين الذى عليه ورضى المحال «بذلك» صح التحول[٢].

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى أن التأمينات التى كانت تضمن الدين وهو فى ذمة المحيل «المدين الأصلى» تظل ضمانات للدين بعد تحوله إلى ذمة المحال عليه «المدين الجديد» وضامنه لالتزام المحيل نفسه لأنه لم يبرأ نهائيا بالحوالة وأنه يظل محتفظا بصفته كمدين، وقد يستفيد الدائن من هذه الضمانات عند رجوعه على المحيل إذا لم يستوف حقه من المحال عليه.

أما الدفوع فى الفقه الإسلامى الخاصة بالدين فانها تنتقل مع الدين إلى المدين الجديد بناء على أن الدين ينتقل بالصفة التى كان عليها هذا بجانب الدفوع الخاصة بشخصه.

أما الدفوع المتعلقة بشخص المدين القديم فلا يحق له التمسك بها[٣].

نخلص مما سبق أن حوالة الدين المقيدة فى نطاق الفقه الإسلامى تتشابه مع التجديد من حيث أن شخص المدين يتغير فينقل الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ويلتزم بالوفاء بالدين إلى الدائن، كما أن الضمانات والتأمينات التى كانت تضمن الدين القديم تنقضى بمجرد انعقاد الحوالة

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٦، ص ٣٤٨، تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمى، جـ٥، ص ٣٣٢، المغنى والشرح الكبير، جـ٥، ص ٦٩.

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٣٢٦.

(٣) د. عبد الودود يحيى، ص ١٤٧، ط ١٩٦٠م.

والتجديد وينشأ تأمينات جديدة للدين الجديد على خلاف ما استقر عليه الرأى فى فقه القانون المدنى فى مصر من أن التأمينات تنتقل مع الدين بالنسبة لحوالة الدين فقط.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية أسبق فى معرفة حوالة الدين قبل أن ينادى بها رجال القانون فى المانيا سنة ١٨٥٣ ، فأقامت نظاماً لحوالة الدين يفوق أحكامها وآثارها فى التشريعات الحديثة وظلت مطبقة تشريعيا فى الدولة العثمانية منذ صدور مجلة الأحكام العدلية فى سنة ١٨٦٩ وحتى سنة ١٩٢٦ فى الوقت الذى كان الجدل حولها محتدما بين الفقهاء الألمان[١].

ثالثا: التجديد والحلول:

فى حالة ما إذا كان من غير المتعين على المدين الوفاء بالدين بذاته قد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين.

وهذا الوفاء من الغير قد يكون فيه مصلحة له. كما لو كان:

١- متضامنا مع المدين الأصلى فى الوفاء.
٢- أو مدينا معه فى دين غير قابل للانقسام.
٣- أو كفيلا شخصيا أو عينيا للمدين الأصلى أو الآخرين.
٣- أو حائزا لعقار مرهون.

وعندما يقوم الغير بالوفاء عن المدين فانه يحل محل الدائن بقوة القانون ويحق له الرجوع على المدين الأصلى[٢]. ما دام لايقصد التبرع[٣] وهذه العلاقة لاشك أن فيها تغيير لشخص الدائن الأصلى إذ يصبح الموفى دائنا جديدا للمدين رغم أن هناك مصلحة له فى الوفاء بهذا المدين.

---

(١) المرجع السابق، ص ١٥٠ ، ١٥٢.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ١٧٠.
(٣) أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣١٥ ، ٣١٦، ط ١٩٩٠م.

وقد يقوم بالوفاء شخص ليس له مصلحة فى هذا الوفاء، أى أنه أجنبى تماما عن المدين، ويصح لهذا الأجنبى أن يقوم بالوفاء رغم إرادة المدين الأصلى كأن يكون فضوليا يقصد تحقيق مصلحة للمدين دون الرجوع إليه ثم يرجع إليه بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلاسبب فى حالة عدم رضاء المدين الأصلى. وقبول الدائن لهذا الوفاء[١].

وهذا الوفاء يبرئ ذمة المدين الأصلى وينقضى به الدين وينشأ دين جديد فى ذمة المدين الأصلى للموفى «الدائن الجديد».

فهل يعتبر هذا الحلول تجديدا للالتزام بتغيير الدائن وبالتالى يكون الحلول صورة من صور التجديد.

أحاول فيما يلى توضيح ذلك:

إن الحلول على نوعين فهو قد يكون اتفاقيا ، يتم باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونيا يقع بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق فى حالات معينة.

الحلول الاتفاقى:

يترتب على الوفاء انقضاء الالتزام سواء كان هذا الوفاء من المدين أو من شخص آخر غيره.

وهذا الغير إذا كان متبرعا أنتهى الأمر عند براءة ذمة المدين تجاه الدائن والأصل أيضا براءة ذمته تجاه هذا الغير الذى قام بالوفاء لأنه متبرع.

أما إذا لم يكن هذا الغير متبرعا فليس من شك فى حقه فى الرجوع على المدين بما تبرع به للدائن.

والحلول الاتفاقى يتم باتفاق بين الموفى والدائن أو يتم بين الموفى والمدين.

---

(١) د. السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٧٧٦.

فنبين ذلك ثم نبين علاقة الحلول الاتفاقى بالتجديد وأوجه الشبه بينهما.

الحلول الاتفاقى فى الفقه الإسلامى:

إذا تم الوفاء من غير المدين كان لهذا الغير أن يرجع فى هذه الحالة على المدين إذا كان لايقصد التبرع بما وفاه للدائن، ويستند الغير «الموفى» فى رجوعه على المدين إما على دعوى شخصية قد تكون دعوى الفضالة أو الوكالة وإما على دعوى الإثراء.

ورجوع الغير على المدين إنما يكون بدين جديد غير الدين الذى انقضى بالوفاء.

والفقه الإسلامى اكتفى بالحوالة كنظام يشمل الوفاء مع الحلول وخاصة الحوالة المطلقة، حيث شرعت للتيسير عن المدين.

وكذلك نظام الكفالة الذى يبين منه بوضوح نظام الوفاء مع الحلول بالاتفاق بين الموفى «الكفيل» والمدين «المكفول عنه».

الحوالة المطلقة:

إذا قام الموفى فى الوفاء مع الحلول «المحال عليه» فى الحوالة بأداء الدين للدائن «المحال» وكان ذلك بأمر المدين «المحيل» كان للموفى الرجوع على المدين بما أداه، لأن الموفى إذا قام بالوفاء بأمر المدين صار الدائن مالكا للدين من الموفى بما أدى إليه من المال ، فكان له أن يرجع بذلك على المدين.

كل ذلك بشرط عدم وجود دين قبل الموفى «المحال عليه» للمدين بمعنى أن تكون الحوالة مطلقة غير مقيدة بدين على الموفى(١).

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى، جـ٤، ص ١٧٢ ، وبدائع الصنائع للكاسانى، جـ٦، ص ١٩، ط٢، ١٩٨٢م.

فى الكفالة:

إذا قضى الكفيل الدين متبرعا به ، لاينوى الرجوع على المكفول عنه برئ المدين وأصبح غير ملتزم بالدين ويستوى هنا الكفالة والأداء بأمر المكفول عنه وبغير أمره، لأنه متطوع بذلك فاشبه الصدقة.

فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال.

أحدها: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدى بأمره. سواء اشتمل الأمر هنا على لفظه عنى أو لم يشتمل، كان للضامن أن يرجع على المدين قال بهذا الأئمة الثلاثة وأبو يوسف من الحنفية.

وقال أبو حنيفة ومحمد يشترط اشتمال الأمر على لفظ «عنى» كأن يقول اكفل عنى، أو اضمن عنى لفلان[١].

وقول الجمهور هنا واضح وقول أبى حنيفة وصاحبه فيه نظر فالأمر لايدل على التبرع إلا بقرينة فاذا كان الكفيل أدى بنية الرجوع فكيف يجبر على التبرع.

الحال الثانى: أن تكون الكفالة والأداء بدون أمر المكفول عنه، فقال مالك واحمد فى احدى الروايتين: يرجع الكفيل بما أدى.

وفى الرواية الثانية عن أحمد: لايرجع بشئ، وهوقول أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر[٢].

الحال الثالث: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، والأداء بدون أمره: فذهب مالك وأحمد إلى أن الكفيل يرجع بما أدى.

---

(١) انظر المغنى جـ٥، ص ٨٦ - ٨٩ ، وروضة الطالبين، جـ٤، ص ٢٦٦ ، وبلغة السالك وشرح الدردير، جـ٢، ص ١٥٨ ، وفتح القدير، جـ٦، ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، ص ٢٩٢ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٧٧.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ٥، ص ٨٨ ، شرح الخرشى على سيدى خليل، جـ٥، ص ٢٣١.

وعند الشافعية ثلاثة أوجه:

قال النووي: «الأصح المنصوص: يرجع ، والثاني: لا ، والثالث: إن أدى من غير مطالبة، أو بمطالبة ولكن أمكنه استئذان الأصيل لم يرجع وإلا فيرجع»[١].

الحال الرابع: أن تكون الكفالة بدون أمر المكفول عنه، والأداء بأمره فقال مالك وأحمد: يرجع وقال الشافعية: «لارجوع على الأصح فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع، ففيه احتمالات للامام: أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان».

والثاني: لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لايجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة. قلت «أي النووي»: الاحتمال الأول أصح، والله أعلم[٢].

ومما مضى يمكن القول بأن الوفاء مع الحلول الذي يتم بموجب اتفاق بين المدين والموفي في الحوالة والكفالة، يترتب عليه أن يتم استبدال الدائن بدائن آخر يحل محله في المطالبة بالدين وفي اقتضائه كذلك من المدين الأصلي وبذلك يتم تجديد الدائن بدائن آخر في العلاقة بين الموفي والمدين.

أما في العلاقة بين الموفي والدائن فهي تجديد للمدين أولا وإذا تم الوفاء بالدين فيكون الموفي دائنا جديدا بمعنى أن يكون هناك حلول شخصي.

---

(١) روضة الطالبين، جـ٤، ص ٢٦٦ ، ونهاية المحتاج للرملي، جـ٤، ص ٤٤٦ ، حاشية الشرقاوي على التحرير، جـ٢، ص ١٢٢.

(٢) المرجع السابق، جـ٤، ص ٢٦٦ ، وانظر فيمايرجع به الكفيل ومتى يرجع الكفيل فتح القدير، جـ٦، ص ٣٠٥ ، الدر المختار، جـ٤، ص ٢٧٥ ، المدونة، جـ٥، ص ٢٥٧ وما بعدها، الشرح الصغير، جـ٢، ص ١٥٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، جـ٣، ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، وشرح الخرشي على سيدي خليل، جـ٥، ص ٢٣١ ، الفروق، جـ٢، ص ٢٤٦ ، الأم، جـ٣، ص٢٠٤.

روضة الطالبين، جـ٤، ص ٢٦٧ ، مجلة الأحكام الشرعية، م ١١١٨.

أمـــا فى الوفـــاء مع الحلول الذى يتـم بموجب الاتفـــاق بين الموفى والدائن فيتـرتب عليه أن يتم اسـتبدال الدائن بدائن آخـر جديد دون اللجـوء إلى المدين فى شئ.

الحلول الاتفاقى فى القانون المدنى:

الحلول الاتفاقى عبارة عن اتفاق يترتب عليه استيفاء الدائن حقه من غير المدين دون أن يؤدى ذلك إلى براءة ذمة المدين الأصلى من الدين، ثم حلول الغير مـحل الدائن فى حـقـه فى مـواجـهـة المدين، ويكون للمـوفى دعـويان، دعـوى شخصية أساسها الفضالة أو الإثراء أو الوكالة.

ودعوى الحلول وأساسها هنا الاتفاق على الحلول فيختار الموفى الدعوى التى تظهر فيها مصلحته.

والحلول الاتفاقى له حالتان:

الحالة الأولى: وهى حالة اتفـاق الغيـر «الموفى» مع الدائن وقـد نصت عليـهـا المادة ٣٢٧ من القـانون المدنى المصرى: «للدائن الذى اسـتوفى حقـه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك ولايصح أن يتأخر هذا الأتفاق عن وقت الوفاء».

وقد اشـترط المشرع أن لايتـأخر الاتفـاق على الحلول عن الوفـاء، نظرا لأن الدين ينقضى بمجرد الوفاء فلا يمكن الحلول فيه بعد ذلك.

ومثل هذا الاتفاق لايكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون ثابت التاريخ هذا بالإضـافة إلى اشتـراط - رضا الدائن وهوشـرط ضرورى لحلول الموفى مـحله فى ذات الحق الذى أوفاه هذا الغير ورضا الدائن هنا لايشترط فيه شكل معين.

كذلك يشترط أن يكون الوفاء قد تم من غير أموال المدين وهذا الشرط لم يذكر صراحة فى المادة ٢٣٧ م إلا أنه شرط بديهى تقتضيه طبيعة الوفاء الذى

تم من الموفى الذى يحل محل الدائن.

وذلك لو أن الموفى قد أوفى بالالتزام من أموال المدين، فإن ذلك يؤدى إلى انقضاء الالتزام بقوة القانون ويعتبر الاتفاق على الحلول لا أساس له.

الحالة الثانية: فهى حالة الاتفاق مع المدين.

وقد عرضت لها المادة ٣٢٨ من القانون المدنى المصرى بقولها: «يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه، ولو بغير رضاء هذا الدائن على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء.

وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد.

وواضح من هذا النص: أن الاتفاق بين المدين والغير على الحلول لايجوز إلا فى الحالة التى يقرض الغير فيها للمدين مايفى به دينه.

ويشترط أن يكون القرض قد حصل عليه المدين بغرض الوفاء بالدين ومن ثم يجب أن يذكر ذلك صراحة فى عقد القرض وفى مخالصة الوفاء بالدين.

والحلول لايحتج به على الغير فى هذه الحالة إلا منذ أن يكون كل من عقد القرض والمخالصة ثابت التاريخ: «م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى المصرى»[(١)].

٢- الحلول القانونى:

الحلول القانونى يتم بقوة القانون فى حالات معينة، دون حاجة إلى اتفاق

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٦٧٦ إلى ص ٦٨٧ ، د. انور سلطان، ص ٣٤١ ، وعبد المنعم البدراوى، ص ٣٧٦، وعبد الحى حجازى، ص ١٦٥ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ١٨٠ ، ١٨١ وأحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣٢١ ، ٣٢٢، سنة ١٩٩٠م.

الموفى مع المدين أو مع الدائن ، ويراعى أن الجامع بين هذه الحالات وهى مذكورة على بيل الحصر أن الموفى يكون غيرا له مصلحة فى الوفاء بالدين كما يتضح ذلك من نص المادة ٣٢٦م[١].

وهذه الحالات هى:

الحالة الأولى: حالة ما إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.

ومثال الموفى الملزم بالدين مع المدين. إذا كان الموفى مدينا متضامنا أو كان مدينا مع المدين فى دين غير قابل للانقسام، فيكون له إن وفى بالدين عن المدينين المتضامنين أو المدنيين بدين غير قابل للانقسام أن يحل محل الدائن بما دفعه بعد استنزال حصته فى الدين.

أو إذا كان كفيلا متضامنا مع كفلاء آخرين فى علاقته بهؤلاء الكفلاء.

فيكون له اذا ما أو فى بالدين أن يحل محل الدائن فى مطالبة المدين[٢].

كذلك يعتبر الموفى ملزما بالوفاء عن المدين فيحل محل الدائن إذا كان متبرعا فيسأل عن تابعة، مثل قيام شركة التأمين بتعويض المصاب فاذا تم الوفاء بمبلغ التعويض كان لها حق الرجوع على المسئول عن الاصابة فتحل محل المصاب «بدعوى المصاب قبل المؤمن».

ومن ذلك أيضا من يقوم بتخليص البضائع من مصلحة الجمارك إذا سدد

---

(١) الوسيط، ص ٧٨١، بند ٣٧٦، ط ١٩٨٤م ، دارالنهضة العربية ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ط ١٩٧٤م، دار النهضة العربية، أحكام الالتزام، أ.د. مصطفى الجمال، ص ٣١٧، أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٠١ دار الفكر العربى .

(٢) أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣١٨ ، ود. أنور سلطان، ص ٣٤٧، ط ١٩٧٠م ، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٢، ط ١٩٦٨م.

الرسوم المستحقة، فانه يحل محل مصلحة الجمارك فى الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة[١].

الحالة الثانية: حلول الدائن الموفى محل الدائن المتقدم عليه بما له من تأمين عينى.

وهذه هى حالة ما إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا أخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى، وسواء كان هذا الدائن الموفى دائنا عاديا أو كان دائنا مرتهنا أو متمتعا بتأمين آخر.

ويحدث ذلك عملا إذا وجد دائنين لمدين واحد أحدهما متقدم على الآخر بماله من تأمين عينى.

كأن يكون المدين قد رهن رهنا رسميا عقارا مملوكا له أو رهن رهنا حيازيا.

أو قرر حق امتياز أو حق اختصاص لأحد هذين الدائنين.

وفى جميع الأحوال إذا رأى الدائن الثانى أن له مصلحة محققة فى قيامه بوفاء الدين للدائن المتقدم، كأن يتوقع مثلا ارتفاع ثمن محل التأمين فى المستقبل على نحو يكفى معه لوفاء دينه بجانب دين الدائن الآخر فيوفى هذا الدائن للدائن المقدم حتى يحول بينه وبين التنفيذ على محل التأمين فى الحال وفى هذه الحالة يحل محل الدائن الذى استوفى حقه بمقدار ما أوفاه فيأخذ مرتبته بين الدائنين وفى حدود ما أوفاه له، عند التنفيذ على محل التأمين[٢].

ولكن لكى يتحقق حلول الدائن الموفى والمتأخر فى المرتبة محل الدائن الموفى له المتقدم يجب تحقق شرطين هما:

(١) المراجع السابق، د. السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٧٨١.
(٢) أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣١٨ ، ٣١٩، ط ١٩٩٠م الفتح.

أولا: أن يكون الموفى دائنا لنفس الدين، بمعنى أنه لايجوز لأجنبى غير دائن للمدين أن يوفى حقا لدائن له تأمين عينى ليحل محله بقوة القانون فى التأمين العينى.

ثانيا: أن يكون الدائن الموفى له متقدما بماله من تأمين على الدائن الموفى فلو كان غير ذلك كأن يكون متأخرا أو ليس له تأمين عينى فحل محل الدائن لقيام الحلول القانونى لانتفاء المصلحة فى ذلك(١).

وبدون هذين الشرطين لايتحقق الحلول القانونى حتما ولو توافر شرط واحد منهما ويترتب على ذلك الحلول أن يكون الدائن الموفى دائنا للدين بجميع توابعه فى مواجهة المدين.

الحالة الثالثة: فقد نصت عليها المادة ٣٢٦ من القانون المدنى المصرى بقولها اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم.

وفى هذه الصورة يتم حلول الدائن الموفى «مشترى العقار» محل الدائن الموفى له والذى انصب تأمينه العينى على العقار الذى اشتراه الدائن الموفى، ولتحقق ذلك لابد من توافر شرطين هما:

الأول: انتقال ملكية العقار للمشترى بالبيع.
الثانى: أن يقوم المشترى بوفاء حقوق الدائنين من ثمن العقار.

الحالة الرابعة: حلول الموفى محل الدائن بموجب نص قانونى خاص فتقضى المادة ٣٢٦ م بأنه فى حالة وجود نص قانونى خاص يقرر حق الحلول ، فان ذلك يكون خاضعا للنص المذكور فى هذه الحالة ويتم حلول الموفى محل الدائن الموفى له بقوة القانون فيخلفه فى حقه وضماناته.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٦٦٧ ، ود. أنور سلطان، ص ٣٤٧، د. عبد الحى حجازى، ص ٢٢٠ ، د. مصطفى الجمال، ص ٣١٩.

ومن هذه النصوص القانونية الخاصة التى تقرر الحلول بحكم القانون.

والمقصود بذلك الإشارة إلى حالات الحلول القانونى المتفرقة فى ثنايا القانون التجارى والقانون المدنى كما هو الحال:

١- فى حلول من دفع قيمة الكمبيالة بطريق التوسط محل حاملها فى حقوقه م ١٥٨ من التقنين التجارى المصرى.

٢- وحالة الكمبيالة المعمول عنها البروتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن صاحبها أو عن أحد محيلها ويصير إثبات التوسط والدفع فى ورقة البروتستو أو فى ذيلها م ١٥٧ من التقنين التجارى المصرى.

٣- حالة حلول المؤمن محل المؤمن له بما أداه له فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب فى الحريق م ٧٧١ م.

ومن هذا النص يتضح أنه إذا أمنت شركة التأمين مكانا معينا من الحريق ثم وقع هذا الحريق فاحترق المكان بخطأ شخص معين.

٣- حق لشركة التأمين بعد دفعها للتعويض أن تحل قانونا محل المؤمن له ضد المسئول عن الحريق(١).

آثار الحلول:

يترتب على الحلول على النحو السابق انتقال حق الدائن إلى الغير الموفى بماله من خصائص ، كما لو كان تجاريا أو كانت له مدة تقادم خاصة أو كان السند المثبت له سندا تنفيذيا.

كذلك يترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الغير الموفى بما يلحقه من توابع كالفوائد والحق فى الفسخ والحق فى الحبس ، وما يكفله من تأمينات

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٧٨١ ، أحكام الالتزام، د. مصطفى الجمال، ص ٣١٩ ، ٣٢٠ ، مجموعة أحكام النقض، س ١٣، ص ١١٦٦.

كالكفالة والرهن والاختصاص والامتياز.

وأخيرا يترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الغير بما يلحقه من دفوع كالدفع بالبطلان والدفع بالانقضاء لأى سبب كان.

وفى حالة الوفاء الجزئى يكون رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أداه لا بالدين كله م ١/٣٣٠ م.

وإذا كان الموفى مدينا متضامنا أو كان مدينا بدين غير قابل للانقسام أو كان أحد الكفلاء المتضامنين، فلا يكون له أن يرجع على أى من المدينين أو الكفلاء الآخرين إلا بقدر حصته م ٣٣١ م.

وقد عرضت لذلك كله المادة ٣٢٩ من القانون المدنى المصرى:

التمييز بين التجديد والحلول:

أ- من حيث كيفية إتمام كل منهما:

التجديد بتغيير الدائن لايتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد.

اما فى الحلول الاتفاقى فان دائنا جديدا يحل محل دائن قديم فى نفس الدين.

فالحلول من هذه الناحية يختلف عن التجديد ، ثم أن الحلول يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى، وكل من الوفاء وانتقال الدين لايقتضى اتفاقا إلا بين طرفين اثنين لابين الأطراف الثلاثة.

فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه الدين ويحل محله فيه.

وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين للدائن القديم

وعلى قبول المدين إياه دائنا جديدا محل الدائن القديم فأحد الطرفين فى الحلول إذن هو الدائن الجديد والطرف الثانى إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين.

ب- من حيث الأثر:

انقضاء الالتزام الأصلى مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحلول من جهة أخرى.

ففى الوفاء مع الحلول، لاينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفعوعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد.

أما فى التجديد بتغيير الدائن فالحق الأصلى ينقضى بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفوع وتأمينات أخرى، ولاينتقل نفس الحق من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد[١].

ويتضح مما سبق أن الوفاء مع الحلول يختلف تماما عن تجديد الالتزام بتغيير الدائن على أساس انه ينقل ذات الحق إلى ذمة الموفى وليس حقا جديدا.

ثم إن الموفى فى الحلول إما أنه يكون مدينا متضامنا ملزما بأداء الدين عن المدين الأصلى أو ملتزما به.

وإما أن يكون دائنا آخر للمدين يتقدم عن باقى الدائنين بتأمين عينى أو شخصى لذلك فهو لايعتبر دائنا جديدا بخلاف التجديد بتغيير الدائن.

هذا بجانب أن الموفى فى الحلول يوفى بدين حال ثم يرجع على الموفى بما

(١) الوسيط، جـ٣، ص المجلد الثانى، ص ٩٧٠، ص ٩٩٠ ، الطبعة الثانية، ١٩٨٤م.
أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٧٣ وما بعدها.
أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٢٩٥ وما بعدها.
أحكام الالتزام، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣١، ط ١٩٨٨ / ١٩٨٩م.

وفاه وهذا خلاف التجديد الذى يتم بتغيير الدائن ويظل الالتزام على حالة لحين الوفاء الذى يتراضى كالتزام جديد يتم الوفاء به بعد ذلك.

بالإضافة إلى أن الحق ينتقل بكل توابعة فى الحلول والحوالة ، الأمر الذى لايتم فى التجديد إلا بشروط معينة.

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى الوفـــاء مع الحلـــول

وفاء الدين من غير المدين قد يكون بأمر من المدين بالوفاء وقد يتم بغير أمره.

فاذا تم الوفاء من غير المدين وكان ذلك بأمر منه بالوفاء واشتراط الموفى الرجوع كان للموفى أن يحل محل من أوفى له وهو الدائن ثم يرجع على المدين بقدر ما وفاه.

وإذا كان أداء الدين قد تم بلا أمر من المدين سقط الدين عنه سواء قبل أم لم يقبل ولايرجع الموفى بما دفعه على المدين مطلقا لكونه متبرعا ولاعلى الدائن إلا اذا كان الدائن قد أبرأ المدين بعد استيفاء دينه من المتبرع فان له الرجوع فى هذه الحالة على الدائن بما أداه له[1].

وهذا يختلف عن القانون المدنى فى الحالة التى يتم الوفاء فيها باتفاق بين الدائن مع الموفى حيث نصت م ٣٢٧ م على أنه: «للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ولايصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

حيث جعلت للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا

(١) القواعد فى الفقه الإسلامى للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى القاعدة، ٧٠، ص ٣٧، دار المعرفة ، بيروت، كتاب المعاملات لأحمد أبو الفتح، جـ١، ص ١٢٥ ، ١٢٦ ، مرشد الحيوان، م ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ص ٤٨.

الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك.

فالوفاء مع الحلول هنا يتم رغما عن المدين وهو خلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من كون الوفاء يتم بإذن المدين حتى يرجع عليه الموفى سواء اشترط الرجوع أو لم يشترط.

ولكن القانون يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من كون الوفاء يتم بغير إذن المدين ولكن الموفى يشترط الرجوع عليه بما وفاه لأنه لم يكن متبرعا في ذلك.

ولقد وضعت المادة ٣٢٧م شروطا للوفاء مع الحلول وهى رضا الدائن وتعاصر الحلول مع الوفاء وكون الوفاء قد تم من غير اموال المدين.

وهذا كله موجود فى الفقه الإسلامى. لأن الدائن دائما يطيب له أن يستوفى حقه.

أما التعاصر بين الحلول والوفاء فمتحقق بمجرد الوفاء وإلا كان الدائن فى حصوله على دينه من أموال الموفى قاصدا الإضرار به اذا كان قد أبرأ المدين الأصلى. ففى هذه الحالة يحق للموفى أن يرجع على الدائن أو المدين أيهما شاء.

والفقه الإسلامى لم يشترط أن يكون الوفاء قد تم من غير أموال المدين لأن الموفى فى وفائه دين المدين يكون دائنا موفيا من أمواله الخاصة وإلا فما فائدة حلوله محل الدائن إذا كان ماقضاه هو دين المدين عند الموفى ، حيث نكون بذلك أمام حوالة مقيدة.

ويرجع الموفى سواء كان كفيلا أو غيره على المدين بعد الأداء إذا كان الدين حالا فاذا طالب الدائن الموفى فللموفى أن يطالب المدين بالأداء وليس له حق الرجوع إلا إذا أدى هو الدين أى الموفى.

أما إذا كان الدين مؤجلا فليس للموفى حق الرجوع إلا بعد حلول الأجل والأداء ، فاذا أدى الدين قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد الحلول.

وإذا مات الموفى «الكفيل» وطالب الدائن ورثة الكفيل فليس لهم مطالبة المدين إلا عند حلول الأجل، وكذلك إذا مات المدين فالدين يصبح حالا بموته ويكون للموفى حق المطالبة والرجوع على ورثة المدين بشرط أن يكون الرجوع بعد الأداء[1].

رابعا: طبيعة التجديد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى:

هل التجديد «الاستبدال» تصرف محض أم واقعة أم أثر؟

التجديد «الاستبدال» فى الفقه الإسلامى:

يأتى كعقد بين ارادتين فى أغلب التصرفات ، فهو تصرف إرادي وليس أثرا يترتب على تصرف بل إرادة المتعاقدين هى المعول عليها فى إبرام هذا العقد[2].

حتى فى الوقف وهو عقد يتم بارادة واحدة.

---

(١) الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، د. على أحمد السالوسى، ص ١١٠، ط ٢ ، ١٩٨٧م توزيع دار الاعتصام.

(٢) فى المذهب الحنفى: جاء فى البحر الرائق، جـ٦، ص ١٠٩: «واعلم أن المعتبر فى المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب، لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال».

وفى المذهب الشافعى: جاء فى حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ١٨: «والحاصل انه يصح بيع الدين بغير دين سابق أعم من أن يبيعه بعين أو بدين منشأ، سواء باعه لمن هو عليه المسمى ذلك بالاستبدال أو لغيره».

وجاء فى مرشد الحيران فى المادة ٢٥٠: «أنه يجوز قيام عقد جديد بتراضى المتعاقدين يتم به فسخ عقد المداينة الأولى على أن يحل بدله هذا العقد الجديد، وبذلك يسقط الالتزام الأول الذى أنشئ بالعقد المفسوخ ويقوم مقامة الالتزام الجديد الذى نشأ بالعقد الجديد بمحض إرادة أطراف الالتزام».

وفى عقد الوقف:

يتم استبدال الموقوف بآخر على أن يحل مكانه لأنه أقرب إلى غرض الوقف.

فإذا اشترط الواقف الاستبدال لنفسه جاز له استبدال عين الوقف متى شاء، ويشترى عينا أخرى بدلها أو يوقف ثمنها ويقوم الثانى مقام الأول فى الحكم بمجرد الاستبدال أى انعقاد عقد الشراء لعين البدل ولايحتاج إلى وقف جديد[(١)].

ويتم الاستبدال أيضا حتى لو أن الواقف اشترط هذا الاستبدال لغيره[(٢)].

وقد منع الشافعية الاستبدال فى الوقف[(٣)]،ويشترط الحنابلة أن تتعطل منافع العين الموقوفة حتى يجوز استبدالها باخرى[(٤)].

وعند المالكية:

خلاف حيث منع جمهورهم استبدال العقارات فقط ، أما ربيعة فأجاز الاستبدال على اطلاقه[(٥)].

فالاستبدال لايكون أثرا لتصرف شرعى اتجهت لإحداثه إرادة الطرفين ، بل هو عقد على انشاء تصرف بموجبه يتم هذا الاستبدال.

---

(١) الوقف لغة: الحبس وفعله وقف يقف بمعنى حبس ومنع.
وشرعا: «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة». أحكام الوقف والمواريث تأليف احمد ابراهيم بك، جـ٥، ط ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

(٢) الفتاوى الهندية، جـ٢، ص ٣٩٩، ط ١٩٨٠ م دار احياء التراث - بيروت ، القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٤٤.

(٣) حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ١٧٨.

(٤) حاشية الروض المربع، جـ٢، ص ٤٧٩ ، ٤٨٢.

(٥) القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٤٤.

أما الأثر لهذه التصرفات فيتم دائما بترتيب من قبل الشارع الحكيم.

فالتصرفات التى تقع على عقد البيع كالتصرف فى ثمن المبيع قبل القبض أو التصرف فى الشئ المبيع غير المنقول أو تغيير جنس الثمن فكل هذه تصرفات إرادية تتم باتفاق بين طرفى العقد يتم بموجبها استبدال ثمن المبيع إما بمحل جديد أو استبدال أحد أطراف العلاقة القائمة.

وبهذا يكون الاستبدال تصرف إرادى يتم باتفاق اطراف العقد سواء وقع التجديد على محل الدين أو مصدره، وتم استبداله بجنس آخر غير جنس المحل القديم أو تم استبدال المصدر كأن يكون مصدر الدين عقد بيع فيتم استبدال الثمن فيه بهبة أو إقراضه أو إعارته أو جعله وديعة أو جعل الثمن أجرة لشئ آخر.

وكذلك لو تم تغيير طرفى الاتفاق القائم باطراف اخرى.

أما فى القانون المدنى المصرى:

فنجد أن هناك خلافاً فى الرأى حول طبيعة التجديد بين شراح القانون.

فذهب البعض: إلى أن التجديد هو الاتفاق على أن يستبدل بالدين القائم دين جديد مغاير له يقوم مقامه.

فالتجديد اتفاق، أى عمل قانونى يتم بارادتين، فيجب أن تتوافر فيه أركان كل عمل قانونى وشروط صحته ، أى أنه لابد فيه من اتجاه الإرادتين نحو احداث أثر قانونى هو إبدال التزام بالتزام قديم، ولابد فى كل من الإرادتين أن تكون صادرة من ذى أهلية وأن تكون خالية من عيوب الرضا.

أما من حيث المحل والسبب فلأن التجديد ينتج أثرين هما قضاء التزام قديم وإنشاء التزام جديد، يعتبر كل من هذين الأثرين أو محل كل من الالتزامين محلا لاتفاق التجديد.

ويعتبر سبب نشوء الالتزام الجديد انقضاء الالتزام القديم ، كما يعتبر سبب انقضاء هذا الالتزام إنشاء الالتزام الجديد.

فالتجديد عندهم عقد يجب لصحته من الشروط مايجب فى جميع العقود ويزاد عليها ثلاثة.

١- وجود تعهد سابق.

٢- نية التجديد.

٣- أن يتصف التعهد الجديد بصفة لم تكن موجودة فى التعهد الأول(١) وهذا مانصت عليه المادة ١٨٦ من القانون المدنى القديم حيث قالت: «ويكون الاستبدال بعقد».

وجاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية: «أن الاستبدال المنصوص عليه فى المادتين ١٨٦ ، ١٨٧ من القانون المدنى القديم هو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق، وأن يحلا محله التزاما جديدا يختلف عن الأول بأحد عناصره المهمة، العاقدين أو الموضوع أو السبب»(٢).

وفى حكم آخر لها: «تجديد الالتزام لايفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف"م ٣٥٤ م م"»(٣).

وبهذا يكون التجديد اتفاقا على قضاء الالتزام القديم وعقد لانشاء التزام

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، شرح القانون المدنى تأليف احمد فتحى زغلول، ص ١٩٥، ط المطابع الاميرية بمصر سنة ١٩١٣م.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٥٧/٦/٢٧م ، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ع ٢، ص ٦٤٣، رقم٣٧. ٠

(٣) نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٦٢م ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٠، ص ٥٢٨ ، وأيضا نقض مدنى ١٠ ابريل سنة ١٩٧٣م ، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠١، ص ٥٧٠ ، أحكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير السيد تناغو، ملحق احكام محكمة النقض، ص ٦٤، اعداد الدكتور/ محمد حسين منصور .

جديد وفي كلا الحالتين فهذا تصرف قانوني[١].

وذهب البعض الآخر من الشراح إلى أن التجديد أثر لتصرف تعاقدي.

فالأشخاص عندما يبرمون عقد تجديد فهم في الواقع يبرمون إما عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد قرض، فالتجديد لايكون تصرفا قانونيا مستقلا ولكنه أثر قانوني يترتب على اتفاق أيا كان نوع هذا الاتفاق.

ويكون من شأنه أن يقضى على العلاقة القانونية القائمة واستبدالها بأخرى.

وبهذا يعتبر التجديد نتيجة للتصرف لا التصرف ذاته.

ومن خلال العرض السابق: أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول وهو أن تجديد الالتزام عقد «تصرف إرادى» تتجه إليه إرادة أطراف الالتزام بنية انهاء التزام قديم وإحلال التزام جديد محله وهو ماذهب إليه الفقه الإسلامي.

ومن هنا نجد أن هناك اتفاقا بين ماذهب إليه الفقه الإسلامي والقانون المدني المصرى من أن تجديد الالتزام يعتبر عقد.

---

(١) الوسيط، للسنهوري، جـ٣، ص ٨١٣ ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٠٢ وما بعدها ط دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٤.

المبحث الثاني

أركـــــان التجـــــديد

التجديد كما سبق عبارة عن اتفاق[١] ينهى التزاما قديما وينشئ التزاما جـديدا يحل مـحل الالتـزام الأصلى ويكون مـخـالفـا له فى أحـد عناصـره الجـوهرية.

وهو يعتبر طريقا من طرق انقضاء الالتزام ومصدرا من مصادر إنشائه فى آن واحـد لأن به ينقـضى الالتـزام القـديم وينشـأ الالتـزام الجـديد الذى يأخـذ محلـه.

وبالتـالى يخضع تجديد الالتزام للقواعد العامة فى إبرام العقود من حيث أركان الانعقاد وتوافر الصحة.

واتحدث عن أركان التجديد فى المطالب الآتية:

المطلـــب الأول: اتفـاق المتعـاقدين علـى التجـديد فى الفـقه الإسلامى والقانون المدني المصرى.

المطلب الثـانى: مـحل التـجـديد فى الفـقـه الإسـلامى والقـانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث: سبب التجديد.

---

(١) الاتفاق والعقد بمعنى واحد ولا أهمية للتمييز بينهما.
الفقه الإسلامى، مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه أ.د. محمد يوسف موسى، ص ٣٢٠ ، ٣٢٢ ، الوسيط فى شرح القانون المدنى، أ.د. السنهورى، المجلد الأول، العقد، ص ١٧١ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، هامش ص ١٠ ، ١١.

المطلـــب الأول

اتفاق المتعاقدين على التجديد فى الفقه الإسلامى والقلــانون المــدنى المصــرى

لكى يتحقق تجديد الالتـزام لابد من اتفـاق بين المتـعـاقـدين على تغـيـيـر عنصر من عناصر الالتزام القديم بحيث يؤدى إلى انقضـائه وحلول التزام جديد محله مع توافر عنصر معنوى هو نية التجديد وصلاحية المتعاقدين لابرام عقد التجديد.

ولذلك يأتى الكلام فى هذا المطلب فى ثلاثة فروع على النحو التالى:

الفـرع الأول: أهلية المتعاقدين.

الفرع الثانى: اتفاق المتعاقدين على التجديد.

الفرع الثالث: نية التجديد.

الفرع الأول

أهليـــة المتعـــاقدين

والعاقدان هما طرف العقد اللذان لايتم انعقاده إلا بهما وقد يكون كل منهما شخصا منفردا أو متعددا ، كما أنه قد يكون العاقدان أصليين أو نائبين عن غيرهما، أو احدهما أصيلا والآخر وكيلا عن غيره.

والعاقد هو الذى يباشر الايجاب أو القبول فى العقد، ولايتصور وجود الايجاب والقبول من غير عاقد ، لذا فإنه يشترط فيه عدة شروط لابد من توافرها حتى يكون صالحا لابرام العقد.

فبعض الأشخاص لايصلح لإبرام أى عقد وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود وآخرون منهم صالحون لكل عقد.

ولذلك يشترط فى صحة التجديد أن يكون كل من طرفيه أهلا لعقده، لأن الإرادة وهى هنا نية التجديد، لاتكون ذات أثر قانونى إلا إذا صدرت من ذى أهلية.

ولأن إرادة الدائن تتجه إلى النزول عن حقه القديم فى مقابل نشوء الحق الجديد، ولأن المدين تتجه إرادة إلى إنشاء الدين الجديد ، فى ذمته فى مقابل انقضاء دينه القديم.

ويعتبر التجديد فى جملته بالنسبة إلى كلا طرفيه تصرفا من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ، فيحتاج فيه إلى أهلية التصرف « أهلية التعاقد »(١).

لا إلى أهلية التبرع ، ولاتكفى فيه أهلية الإدارة ولا أهلية الاغتناء فاذا عقده قاصر مميز وقع قابلا للابطال لمصلحة القاصر وحده.

---

(١) وهبة الزحيلى، جـ٤، ص ١١٤ ، ١١٥.

وقياسا على ذلك يشترط فيمن يتولى التجديد عن غيره أن تكون له ولاية التصرف فى مال ذلك الغير، فلا تكفى ولاية الإدارة.

فمن كان مفوضا فى استيفاء الدين كالوكيل والوصى والدائن المتضامن لايملك التجديد، فان باشره بالرغم من ذلك كان التجديد غير نافذ فى حق الأصيل.

كذلك يشترط فى إرادة كل من العاقدين خلوها من عيوب الرضا فاذا تعاقد أحدهما تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه جاز له إبطال التجديد.

والأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ولاجراء كافة التصرفات القانونية مالم ينص القانون بانعدام أهلية الأداء عنده وحينئذ يمتنع عليه إبرام أى من تلك التصرفات أو يقضى بانتقاصها لديه فلا يصح منه إجراء التصرفات التى يرد الانتقاص عليها[1].

ويشترط فى العاقدين لتمام اهليتها العقل[2] والبلوغ[3]

---

(١) نقض مدنى طعن ٤٢/٣٧١ ق فى ١٩٧٦/١١/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ١٦٩٨، رقم ٣١٣.

(٢) وهذا محل اتفاق بين فقهاء الفقه الإسلامى والقانون المدنى، فالمجنون جنونا مطبقا والمعتوه الذى لايميز لايعتد بعباراتهم ف يالعقود وبالتالى فلا أهلية لهم ويقوم مقامهم فى مباشرة ما تدعو إليه الحاجة من العقود والتصرفات من يلى أمرهم من أب أو جد أو وصى، بدائع الصنائع، جـ٨، ص ٣٧١ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٣١ ، حاشية الشرقاوى على التحرير للانصارى، جـ٢، ص ١٦٥ ، ط ١٩٢٨، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٥٠٨ ، محاضرات فى نظرية الحق، أ.د. لاشين محمد الغاياتى، ص ٨٥ وما بعدها، ط ١٩٧٩م.

(٣) ولاخلاف بين الفقهاء، فى أن الصبى غير المميز لايعتد بعبارته فى العقود ويستمر الأمر هكذا حتى يبلغ شن التمييز «أى السابعة من عمره».

أما الصبى المميز: وهو الطفل الذى شب وصار صبيا، بأن بلغ السن التى تعتبر سن التمييز عادة «وهى سبع سنوات» وصار عارفا للمراد من العقود ولمعانى الألفاظ والعبارات الدالة عليها والمستعملة فيها كانت له أهلية أداء ناقصة ما دام لم يبلغ سن الرشد.

ويلحق بالصبى المميز المعتوه الذى يميز والمحجور عليه لسفه أو غفله أو دين والمريض مرض الموت ، بدائع الصنائع، جـ٩، ص ٤٤٦٩ ، تبيين الحقائق، جـ٥، ص ٢٠٤ ، مواهب الجليل برشح مختصر خليل للحطاب، جـ٥، ص ١١٨، ط بولاق، سنة ١٢٩٤هـ ، روضة الطالبين، جـ٤، ص ١٧٨ ، المغنى ، ص ٥١٤ ، ورسالة الباحث للماجستير، ص ٤٥٧ وما بعدها.

والرشد[1] أى أن يكونا متمتعين بأهلية الأداء الكاملة.

والرشد عند جمهور الفقهاء لا يتحدد بسن معينة وإنما بالصفة وهى الصلاح فى المال والدين معا فلا يكفى الصلاح فى المال فقط لأن إفساد الشخص لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله.

أما القانون المدنى المصرى فقد حدد سن إحدى وعشرون سنة ميلادية لسن الرشد «م ٤٤/٢ مدنى».

وتنص المادة الأولى من قانون المجالس الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧: على «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة

---

(١) الرشد يعنى كمال الاهلية، فتثبت له وعليه كل الحقوق والواجبات وتعتبر كل عقوده وتصرفاته نافذة شرعا وقانونا بلا توقف على اجازة من أحد، وكمال الأهلية مشروط بأمرين، البلوغ والرشد لابد منهما معا فما داما لم يتحققا فى الصبى لايعتبر كامل الأهلية مهما علت به السن لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن أنتم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ سورة النساء الآية: ٢.
وايناس الرشد، يكون باصلاح الدين والمال فاصلاح الدين أن لايرتكب من المعاصى ما تسقط به العدالة واصلاح المال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ، أى حسن القيام على المال والثروات بحسن استغلال وتدبيرها.
وهذا قول الشافعى والحسن وابن المنذر لأن الفاسق غير رشيد ولأن افادة لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره.
وقد ذهب الاحناف: إلى اعتبار سن معينة للرشد حدودها بخمس وعشرين سنة قمرية.
وقال أبو حنيفة: إذا بلغ غير رشيد فك إلا إذا كان مبذرا فيستدام الحجر عليه إلى خمس وعشرين سنة ثم يفك حجرة.
وعند الامامين: أبى يوسف ومحمد بن الحسن لايفك حجره ما دام سفيها.
وقال مالك: اذا كان مصلحا لماله دفع اليه ماله وان كان مفسدا لدينه ، أى أن الامام مالك وأبو حنيفة وصاحباه والامام احمد واهل الظاهر يرون أن الرشد هو الصلاح فى المال، الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين، جـ٥، ص ١٠ ، بدائع الصنائع، جـ٧، ص ١٧٠ ، ١٧١ ، شرح منح الجليل، جـ٣، ص ١٧٢ ، تكملة المجموع، جـ١٣، ص ٢٦٦ ، الأم، جـ٣، ص ١٩٢ ، تتمة الابانة للنسابورى، مخطوط بدار الكتب المصرية، جـ٥، ص ٥ ، ٦ ، نسخة ٥٠ فقه شافعى، والحاوى للماوردى، جـ٧، ص ٣٣٥ ، المحلى، جـ٨، ص ٢٨٦ ، أحكام القرآن للجصاص، جـ١، ص ٤٨٩ وما بعدها، طبع الاستانة، تفسير الطبرى، جـ٣، ص ١٢١ ، تفسير ابن كثير، جـ١، ص ٣٣٥ ، وأحكام القرآن لابن عربى، جـ١، ص ٢٤٩.

كاملة»[١].

ولاشك أن تحديد أهلية الاداء الكاملة بالصفة فى المتعاقد وهو ماذهب إليه الفقه الإسلامى أدق من تحديدها بالسن الميلادى الذى ذهب إليه القانون لأن الشخص قد يصل إلى هذه السن ولكنه رغم ذلك قد لايتمتع بأهلية أداء كاملة فقد يستمر غير مميز للأمور وخاصة المعاملات المالية.

فالرشد يختلف باختلاف الأشخاص تبعا لاختلاف بيئاتهم ونشأتهم وظروفهم العملية.

والعاقدان فى عقد التجديد هما الدائن والمدين:

والدائن: هو صاحب الدين، أى الحق وهو الطرف الإيجابى فى علاقة المديونية بينه وبين المدين، وهو ايضا الذى يضاف إلى ذمته المالية قيمة الدين قبل المدين.

ويجوز أن يكون الدائن معينا بشخصه أو بذاته أو معينا بالوصف، واحد كان أو أكثر محصور العدد أو غير محصور العدد كما فى الموصى لهم والموقوف عليهم.

وكذلك يجوز أن يكون الدائن موجودا حقيقة أو حكما وقت انشاء الالتزام أو التجديد[٢].

وقد نشأ التجديد بقصد استبدال الدائن بدائن جديد فانه يجب أن يراعى فى الدائن الجديد توافر الشروط السابق عرضها ونكون أمام اتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد والمدين.

---

(١) محاضرات فى المدخل للعلوم القانونية، أ.د. احمد سلامة، جـ٢، ص ٣٠٤ ، ٣٠٦ ، ط ١٩٥٩م.

(٢) الالتزام فى الشرع الإسلامى، احمد ابراهيم، ص ٣١.

والمدين: هو من ثبت فى ذمته دين لآخر[(١)].

بمعنى أنه الطرف السلبى فى علاقة المديونية بينه وبين الدائن.

ويشترط فى المدين أن يكون معينا بالشخص أو بالذات أو بالوصف، ويجوز أن يكون المدين واحدا أو أكثر، كما يجوز أن يكون موجودا حقيقة أو حكما وقت إنشاء الالتزام أو التجديد، كما يشترط فى المدين أن يكون قادرا على أداء الدين لأنهاء رابطة الدائنين القائمة بينه وبين الدائن.

والتزام المدين قبل الدائن يتحلل إلى عنصرين:

الأول: عنصر المديونية: وهو الواجب القانونى الذى على المدين والذى بمقتضاه يقوم المدين بأداء معين، وهذا الواجب ينقضى بالوفاء.

والثانى: عنصر المسئولية: وهو أن يكون للدائن سلطة إجبار المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه.

وهذا هو الفارق بين الالتزام المدنى والالتزام الطبيعى الذى لاجبر فى تنفيذه لأنه لايوجد فيه عنصر المسئولية م ١٩٩ مدنى.

والالتزام الطبيعى وسط فى المرتبة بين الواجب الخلقى والالتزام المدنى فهو أعلى درجة من الواجب الخلقى وأقل درجة من الالتزام المدنى ، وإجبار المدين بالالتزام المدنى يقع على المدين فى ماله لا فى جسمه.

ولقد سبق فى الباب التمهيدى بيان أن رابطة الدائنية التى تقوم بين الدائن والمدين تكون حقا إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن والتزاما إذا نظرنا إليها من ناحية المدين.

---

(١) مختصر المعاملات الشرعية للاستاذ احمد ابو الفتح، ص ٥١ ، حاشية رد المحتار لابن عادين، جـ٥ ، ص ١٥٧ ط ١٩٦٦م الحلبى ، مصر.

الفــــرع الثانى

اتفاق المتعاقدين على تجديد الالتزام فى الفقه الإسلامى والقــــانون المــــدنى المصـــرى

لايقوم التجديد الا باتفاق اطرافه من ذوى الشأن فيجب أن يساهم فى الاتفاق على التجديد جميع أطراف الالتزام القديم وأطراف الالتزام الجديد.

وقد يكون طرفا الالتزام الجديد هما طرفى الالتزام القديم وذلك فى حالة التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره.

وقد يدخل فى الاتفاق شخص ثالث غير الدائن والمدين فى الالتزام القديم، ويكون ذلك عندما يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين وعندئذ يجب رضاء هذا الشخص الثالث أيضا فضلا عن رضا طرفى الالتزام القديم.

واستثناء من هذا المبدأ سنرى أن التجديد بتغيير المدين يمكن ان يتم باتفاق الدائن مع المدين الجديد على أن يحل هذا محل المدين القديم ودون حاجة إلى رضاء ذلك المدين(١).

وفى الواقع فان تحديد اطراف التجديد واعتبار اتفاقهم ضروريا لقيامه مسألة تختلف فى تحديدها تبعا لنوعية التجديد لأن تجديد الالتزام قد يكون موضوعيا وقد يكون شخصيا.

ويكون التجديد موضوعيا:

عندما يكون التغيير بين الالتزامين القديم والجديد خاصا بمصدر الالتزام أو محله.

ومثال الأول: اتفاق المؤجر مع المستأجر على أن يستبقى الأخير الأجرة

---

(١) م ٢/٣٥٢ من القانون المدنى . النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٧٢ مكتبة سيد عبد الله وهبة.

المستحقة عليه على سبيل القرض ويصير التزامه بأداء هذا المبلغ مصدره عقد القرض لا الإيجار[١].

ومثال الثاني: أن يكون الالتزام القديم بتسليم بضاعة والجديد مبلغ نقدى.

ويكون التجديد شخصيا: إذا كان تجديد الالتزام بتغيير أحد طرفى الالتزام القديم ، الدائن أو المدين ، وهذا يفترض بطبيعة الحال دخول شخص أجنبى إما باعتباره دائنا أو باعتباره مدينا ، وفى هذه الصورة لايقوم التجديد -ابتداء- إلا باتفاق طرفى الالتزام القديم إضافة إلى الشخص الأجنبى.

والمادة ٣٥٢ مدنى مصرى تنص على التعديلات الجوهرية التى يتم بها التجديد على سبيل الحصر وهى ثلاث حالات كما يلى:

١- تعديل بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره، ويكون هذا تجديدا بتغيير الدين.

٢- تعديل بتغيير شخص الدائن.

٣- تعديل بتغيير شخص المدين.

وقد ينعقد فى هذه الصورة بمعزل عن المدين القديم بمقتضى اتفاق يتم بين الدائن والمدين الجديد كما أنه قد يتم باشتراك المدين القديم فتبرأ ذمته «الإنابة الكاملة» أو يظل ملزما بالدين «الإنابة القاصرة» على حسب الأحوال[٢].

وهذا وقد تحدث المشرع عن التجديد فى المواد من ٣٥٢ ، ٣٦١ من القانون المدنى المصرى.

(١) أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٧ ، أحكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٢٨.

(٢) الوسيط، جـ٣، ص ٩٦٧ دار النهضة العربية، مذكرات فى نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام، أ.د. احمد سلامة، ص ٣٥٧.

وقد سبق عند الحديث عن الأهمية العملية للتجديد أن التجديد فقد أهميته فى القوانين الحديثة.

ولم يجد الفقهاء المسلمون حاجة للخوض فى التجديد إذ أغنتهم حوالة الحق عن تجديد الدين بتغيير الدائن كما أغنتهم حوالة الدين عن تجديد الدين بتغيير المدين.

لذلك وجدنا أن بعض القوانين التى أقرت كلا من حوالة الحق وحوالة الدين لم تتطرق للتجديد كالقانون المدنى الألمانى[١] إذ لم تبق أهمية للتجديد بتغيير أطراف الالتزام بعد أن أخذت القوانين بمبدأ انتقال الالتزام بالحوالة.

واقتصرت اهميته العملية على الحالة التى يراد بها تغيير مصدر الالتزام أو محله.

وعرفنا أن القوانين اللاتينية هى التى جرت على إفراد مكان لأحكام التجديد فى نصوصها متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى الذى كان لايقر الحوالة فيلجأ فى ظله إلى التجديد.

أما القوانين الجرمانية التى عرفت الحوالة بأنها أهملت التجديد اكتفاء بالحوالة[٢].

وإذا كان المشرع الفرنسى له مايبرر احتفاظه بالتجديد لأنه ما زال لايقر حوالة الدين فجدير بالمشرع العربى أن يحذو حذو الفقه الإسلامى.

---

(١) الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٨١٤ ، النظرية العامة للالتزام ، أ.د. عبد الحى حجازى، ص٧٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٤٠ ، نظرية الالتزام فى القانون المدني المصرى، أ.د. احمد حشمت ابو ستيت، ص ٦٠٩ ، مطبعة مصر سنة ١٩٤٥ الناشر عبد الله وهبة بمصر ، ويقول أ.د. أنور سلطان: «وقد تضاءلت الأهمية العملية للتجديد فى الوقت الحاضر، نظرا لأن حوالة الحق وحوالة الدين والانابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام بل وتفضله فى بعض الوجوه» ، أحكام الالتزام، ص ٤٠١ ، بند ٣٨٧ ، دار النهضة العربية ١٩٧٤م.

الذى صارت القوانين الجرمانية على ماهو عليه خاصة وأن المشرع العربى أقر كلا من حوالة الحق وحوالة الدين.

ونظمها فيكتفى بهما عن التجديد بتغيير الدائن وعن التجديد بتغيير المدين «التجديد الشخصى».

أما التجديد بتغيير الدين فإن الوفاء بمقابل يغنى عنه كذلك(١).

لأن الوفاء بمقابل رضاء الدائن وهو بسبيل استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق له أصلا.

وفى ذلك يقول العلامة السنهورى:

«أن حوالة الدين المقيدة فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى هى تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن فى وقت واحد(٢).

وقد نصت المادة ٢٩٠ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية عند تعريفها لحوالة الحق: «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص فى القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين».

وعند الحنفية:

هى نقل الحق والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه(٣) وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى المصرى الحالى.

وتنص المادة ٣٤١ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

---

(١) انتقال الالتزام بين الأحياء فى الفقه الإسلامى والمقارن والقانون، د. محمد عباس السامرائى، ص ٢٩٧ وما بعدها، مطبعة جامعة بغداد ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢) الوسيط، جـ٣، المجلد الثانى، ص ٩٦٧ ، هامش (١) وفقرة ٢٤٠.

(٣) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٣.

ثانيا: يتجدد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين واجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد، وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المصرى الحالى.

ومن المقارنة بين النظامين «حوالة الحق والتجديد بتغيير الدائن» تتضح أفضلية حوالة الحق على التجديد مما أدى فى العمل إلى الإعراض عن نظام تجديد الالتزام بتغيير الدائن.

وأيضا تناول المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية تعريف حوالة الدين فى المادة ٣٠٣ اذا قالت: «تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

وفى المادة ٦٧٣ من مجلة الأحكام العدلية هى: «نقل الدين من ذمة إلى أخرى» وتعريفات المذاهب الفقهية لاتخرج عن هذا المعنى[1].

وهذا التعريف الوارد فى المشروع هو تعريف حوالة الدين الوارد فى المادة بهة، وحق المحال فى ذمة

وتنص المادة ٣٤١ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامة:

ثانيا: يتجدد الالتزام بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد.

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من القانون المدنى الحالى.

ومن المقارنة بين النظامين «حوالة الدين والتجديد بتغير المدين» يتضح

---

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين، جـ٥، ص ٣٤٠ ، المهذب، جـ١، ص ٣٤٤ ، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٥٠ ، ٢٥١.

أن التجديد بتغيير المدين يختلف عن حوالة الدين فى أن المدين الجديد يلتزم بالتزام جديد غير الالتزام القديم.

أما حوالة الدين فان الدين ينتقل إلى المدين الجديد.

ومن هنا يتضح لنا أن حوالة الدين وحدها هى التى تحقق خلافة خاصة فى الدين وما النظم الأخرى المشابهة «تجديد الالتزام بتغيير المدين» إلا وسائل لتحقيق ما تحققه الحوالة من الخلافة الخاصة فى نقل الالتزام.

ولكنها كوسائل لاتؤدى هذه المهمة بالصورة السليمة والدقيقة للحوالة.

ولهذا فان القوانين التى تقر حوالة الدين ليست بحاجة إلى هذه النظم التى لم تعد إلا وسائل أمام وجود حوالة الدين وأنها وسائل غير مأمونة.

وقد أدرك الفقهاء المسلمون باصالتهم هذا، فأعرضوا عن كل هذه الوسائل مكتفين بما عندهم من نظام الحوالة.

ومن النظم المشابهة لحوالة الدين أيضا الإنابة الكاملة والاشتراط لمصلحة الغير(١).

التجديد الشخصى:

ويكون بتغيير أحد طرفى الالتزام الدائن والمدين.

ومن المعروف أن الحوالة فى الفقه الإسلامى تشمل انتقال الالتزام ويراد انتقال الالتزام: أن يتحول الالتزام ذاته حقا كان أو دينا من شخص إلى آخر.

فان تحول الالتزام: من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقا شخصيا سمى

---

(١) مثاله أن بائعا يشترط على المشترى أن يدفع ثم نالشراء لدائنه والصورة تبدو شبيعة بالانابة مع أن الاختلاف بينهما كبير لان الدائن فى الانابة يكسب حقا قبل المدين الجديد من عقد هو طرف فيه بينما فى الاشتراط لمصلحة الغير يكسب الدائن هذا الحق من عقد لم شترك فيه.

ذلك التحويل بحوالة الحق «الجانب الإيجابى» اما ان تحول الالتزام من مدين إلى مدين آخر باعتباره دينا سمي ذلك التحويل بحوالة الدين «الجانب السلبي».

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين فالذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات وضمانات ودفوع.[٢]

وكان جوهر الالتزام قديما يكمن فى طرفية الدائن والمدين ولذلك كان الالتزام يعتبر رابطة شخصية بين هذين الطرفين بحيث لا يمكن تصور بقاء الالتزام مع تغيير احدهما.

إنما فى الوقت الحاضر فالعنصر الأساسى فى الالتزام ليس طرفاه، بل محله أي الأداء الذى يتعين على المدين القيام به لمصلحة الدائن فهذا الأداء هو الذى يحدد القيمة الاقتصادية للالتزام.

ومن ثم أمكن تصور بقاء الالتزام قائما رغم تغيير أحد طرفيه أو كليهما.

ولهذا أجازت التشريعات الحديثة انتقال الالتزام عن طريق الحوالة لأنها أكثر يسرا فى إجراءاتها ومن ثم أكثر شيوعا.

وفى القانون المدنى المصرى

نصت المادة ٣٥٢ منه:

على أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد.

فلا يكون إذا هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى الدائن القديم فى الدين نفسه، بل يكون هذا اتفاقا على تضامن بين الدائنين لا تجديدا.

وكذلك لا يكون هناك تجديدا إذا تم الاتفاق على أن يكون الشخص الجديد

وكيلا فى قبض الدين[١].

أى يشترط لتمام التجديد بتغيير الدائن أن يتفق والدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الاجنبى هو الدائن الجديد ويجب أن تستبين الإرادة فى احلال هذا الأجنبى محل الدائن القديم[٢].

ونتحدث هنا أيضا عن انتقال الالتزام الإيجابى، والمقصود به انتقال الحق بتغيير أحد أطراف الرابطة القانونية وحلول غيره محله فى كل ماله.

ويقـضى هذا أن يكون الطرف الذى تغـيـر إنما هو الدائن وهذا يعنى أن انتقال الالتزام الإيجابى يقتصر على حوالة الحق وحدها.

وهنا يتفق طرفى الالتزام القديم «الدائن والمدين» والشخص الأجنبى على أن يكون الشخص الأجنبى هو الدائن الجديد وتعتبر هذه الصورة نادرة فى العمل إذ يقتضى تحققها اتفاق أطراف ثلاثة فيتم الاتفاق بين المدين والدائن القديم على انقضاء الالتزام الذى بينهما سابقا.

وفى الوقت نفسه يتفق مع الدائن الجديد على انشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق.

فيجب إذا ليكون تجديد اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل محل الدائن القديم دائن جديد فى دين جديد.

(١) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ٣، ص ٩٦ الفجالة الجديدة ١٩٥٤م ، شرح القانون المدنى، أ.د. سليمان مرقس، ص ٨٣٨ المطبعة العالمية ١٩٦٤م ، الوسيط، جـ٣، ص ٩٦٩ دار النهضة العربية.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٠٩، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤م ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجدي باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وان الادعاء بصورية هذا التجدي لم يقيم على دليل وركن الحكم فى ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فانه لايجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد اقام قضاءه على أسباب سائغة كافية كافية لحمله ، نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣، رقم ١٥٦، ص ١٠١١٢.

والتجديد بتغيير المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى كذلك يكون باتفاق المتعاقدين.

على تغيير المدين بحيث يكون المدين فى الالتزام الجديد غيره فى الالتزام القديم فان اتفقا على مثل هذا التجديد يمكن أن يتم باتفاق أطراف ثلاثة هم الدائن والمدين فى الالتزام القديم إضافة إلى المدين الجديد.

كما يمكن ان يتم أيضا باتفاق شخصين فقط هما الدائن فى الالتزام القديم والمدين الجديد. «م ٣٥٢ مدنى مصرى».

وأشير فيما يلى إلى كيفية انعقاد حوالة الدين فى الفقة الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

انعقاد حوالة الدين

تقسيم:

قد يكون المحيل دائنا للمحال عليه وتكون الحوالة منصبة على هذا الدين ويخصصه المحيل للوفاء بالدين الذى عليه للمحال.

وقد يكون المحيل غير دائن للمحال عليه ومع ذلك يحيل عليه وينقل الدين إلى ذمته أو يكون دائنا له ولكنه لايخصص هذا الدين للوفاء بالدين الذى عليه للمحال ولكنه يحل المحال عليه محله فى حالة المديونية.

وتصح الحوالة بكلا الحالتين فى مذاهب الفقه الإسلامى.

إذ قال بذلك الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والشيعة والإمامية والأباضية[١].

---

(١) المبسوط، جـ٢٠، ص ٥٤ ، دور الحكام، ص ٦١٨ ، وعند المالكية: «وشرط المحيل على المحال البراءة من الدين المحال به مع الحوالة على من لادين له عليه صح عقد الحوالة».
وقالوا أيضا: «وإذا كانت الحوالة على من لادين عليه ، وقلنا بقول مالك فأذا كانت سبب(=)

ولكن الحنفية: اطلقوا اصطلاح الحوالة المقيدة على الحوالة التى يخصص المحيل بها دينه على المحال عليه للوفاء بما عليه للمحال.

واصطلاح الحوالة المطلقة:

على الحوالة التى لم يخصص المحيل بها دينه الذى على المحال عليه للوفاء بما عليه للمحال إن كان دائنا للمحال عليه وكذلك إذا لم يكن المحيل دائنا للمحال عليه.

(=) عقد فانها تلزم عند مالك واصحابه وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه وعلى حقك.

وفى الواضحة من تحمل عن ناكح صداقه فى عقد نكاحه فهو له لازم فى حياته وبعد مماته. قال ابن القاسم وفى الواضحة وقال فى المدونة أن ذلك له عند مالك . وأما اذا لم ينعقد بسبب عقد ولم يكن للمحيل على المحال عليه شئ فهى على الإطلاق مما له عند جميع أصحابنا سواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة إلا ما قاله ابن الماجشون أنها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة وان لم تكن بلفظ الحوالة فهى حمالة.

منح الجليل، جـ٣، ص ٢٣١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٣٢٦ ، المنتقى شرح الموطأ، جـ٥، ص ٦٧ ، ٦٨.

وقال بعض الشافعية بصحة الحوالة المطلقة ، فعند الشافعية من شروط الحوالقوجود الدينين المحال به وعليه - فحينئذ لاتصح ممن لادين عليه ولا على من لادين عليه وإن رضى لعدم الاعتياض بناء على أنها بيع.

وقيل تصح براة بناء على الرأى الضعيف القائل بأنها استيفاء . مغنى المحتاج بشرح المنهاج للبيهقى، جـ٥، ص ٢٢٨.

وقال الاباضية: ولاتجوز الاحالة على من ليس عليه شئ لأن الحوالة بيع والبيع بين مالكين وهذا هو الصحيح.

وجوز أن يحيل على من ليس عليه ش والحوالة فى هذه الصورة حمالة أى كفالة وقيل حوالة لانهم تلفظوا بلفظ الحوالة ذلك إذا ذكر المحيل أن ليس له على المحال عليه دين قبل العقد ، وأما إذا ذكر ذلك بعد العقد فهى إحالة قولا واحدا.

وقال الزيدية: وإذا أحيل على من ليس عليه حق فقبل المحال عليه صح.

البحر الزخار للمرتضى، جـ٥، ص ٩٦ ط الخانى مصر ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م .

وقال الإمامية: «وتصح الحوالة على من ليس عليه دين لأن الأصل جواز ذلك والمنع يفتقر إلى دليل».

مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، لحسن بن يوسف بن مطهر، الحلى جـ٣، ص ٣٥٥ ط سنة ١٣٢٣هـ.

فعند الأحناف الحوالة المطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأداء والقبض[١].

فالحوالة عندهم إما مطلقة أو مقيدة:

أما المطلقة: فهى أن يرسلها إرسالا لايقيدها بدين له على المحال عليه ولابعين له فى يده أو يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا فى يده عين له.

وأما المقيدة: فهى أن يكون للمحيل مال عند المحال عليه من وديعة أو غصب أو عليه دين فقال أحلت الطالب عليك بالألف الذى له على أن تؤديها من المال الذى لى عليك وقبل المحتال عليه[٢].

ويتضح لنا من خلال هذا التقسيم:

أن إقرار الحوالة المطلقة يعتمد على تكييف الحوالة، فمن ذهب إلى أنها بيع لم يقر الحوالة المطلقة إلا إذا وجد لها تبريرا ، وأما من قال عقد استيفاء أو عقد إرفاق مستقل بذاته فقد اقرها فهى إذا ليست مقصورة على الفقه الحنفى.

ومن الفقهاء: المسلمين من لم يقر حوالة الدين المطلقة إذ عد الحوالة على غير مدين حمالة أى كفالة أو وكالة فى اقتراض أو بيع معدوم فلا تصح[٣].

---

(١) نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار قاضى زادة، جـ٥، ص ٤٤٩ ، المبسوط، جـ٢٠، ص٥٤.

(٢) درر الحكام، ص ٦١٨ ، بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦، ط ١٩٨٢م.

(٣) منح الجليل، جـ٣، ص ٢٢٩ ، المهذب، جـ١، ص ٣٣٨ ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ٧٥، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٨٦ ، المغنى جـ٥، ص ٥٧.

وعند المالكية تقسيم آخر للحوالة:

فهى عندهم نوعان:

إحالة قطع: وهى التى تبرأ بها ذمة المحيل من الدين ولا رجوع للمحال عليه إلا إذا غره المحيل.

إحالة إذن: وهى كالتوكيل والاقتطاع فتجوز بما حل وبما لم يحل ولاتبرأ بها ذمة المحيل حتى يقبض المحال من المحال عليه ويجوز أن يعزل المحال[١].

وحوالة الإذن هذه أقرب إلى مفهوم الوكالة بالقبض، وبالتالى تخرج عن نطاق الحوالة.

والوكالة بالقبض من الوسائل التى تعتمد نظما أخرى للوصول إلى ما تحققه الحوالة.

وتنعقد حوالة الدين بالتراضى وتتخذ لدى الاحناف عدة صور تبعا لهذا التراضى.

الصورة الأولى:

وتتم فيها الحوالة برضى المحيل والمحتال.

وهى أن تحيل من له عليك دين على من لك عليه مثله، فتقول: أحلتك بعشرتك على فلان بعشرتى عليه فيقول احتلت.

وهذه صورة الحوالة المقيدة:

وهذا يقتضى أن يكون المحال دائنا للمحيل لأنه بدون هذا الدين لاتتحقق حوالة الدين وإنما تكون الحوالة عندئذ حوالة حق ، كما يقتضى أن يكون المحيل دائنا للمحال عليه لتكون الحوالة مقيدة بهذا الدين وبدون هذا الدين تكون

(١) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، القسم الثانى، ص ٣٥٥.

الحوالة مطلقة ولايمكن أن تكون مقيدة إلا بوجوده.

ويتعلق حق المحال بما للمحيل لدى المحال عليه.

وبحوالة الدين المقيدة يخرج المحيل من رابطتين التزاميتين فيخرج بصفته مدينا من العلاقة التى كانت بينه وبين المحال ويخرج بصفته دائنا من العلاقة التى كانت بينه وبين المحال عليه.

وهنا تتم الحوالة ويكون المحال عليه غائبا واحيل عليه الدين باتفاق المحيل والمحال له على ذلك.

والقانون ا لمدنى المصرى لم يتعرض لهذه الصورة من صور انعقاد الحوالة.

وهل يشترط رضا المحال عليه:

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

القول الأول: لايشترط رضا المحال عليه.

وقال بهذا المالكية وأكثر الشافعية والحنابلة والزيدية[(١)].

فيشترط لصحة الحوالة عندهم رضا المحيل والمحال فقط لأنهما عاقداها ولأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء فلا يلزم بجهة، وحق المحال فى ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه، لأن الذمم تتفاوت، ولأن المحال عليه محل الحق فللمحيل وهو صاحب الحق أن يستوفيه بغيره.

ولكنهم قالوا إن محل عدم اشتراط رضا المحال عليه على المشهور إذا لم

(١) منح الجليل، جـ ، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، المنتقى شرح الموطأ، جـ٥، ص ٦٧ ، الشرح الصغير حاشية الصاوى، جـ٢، ص ١٤٢ ، المهذب، جـ٥، ص ٣٣٨ ، فتح الوهاب بشرح منهة الطلاب، جـ١، ص ٢١٣ ، المغنى، جـ٥، ص ٦١ ، البحر الزخار، جـ٥، ص ٩٦ ، الروض النضير، جـ٣، ص ٤٠٨ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٨٧.

تكن هناك عداوة بين المحال والمحال عليه وإلا فلا بد من رضاه وإلا لم تصح(١).

القول الثانى: يشترط رضا المحال عليه.

وهو الرأى الراجح عند الحنفية وقال به الشيعة الإمامية والإباضية وداود الظاهرى والوجه الثانى عند الشافعية(٢).

لأنه إلزام الدين ولا لزوم بدون التزام ولأنه تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه.

والوجه الثانى: عند الشافعية: يشترط رضاه - بناء على أن الحوالة استيفاء حق ، كأن المحتال استوفى ماكان له على المحيل وأقرضه المحال عليه ويتعذر اقراضه من غير رضاه(٣).

وإذا قلنا باشتراط رضا المحيل والمحتال:

فطريق الوقوف على تراضيهما ، إنما هو الإيجاب والقبول.

ويرى فقهاء الحنفية أن هذه الحوالة توكيل من المحيل للمحال عليه بالأداء

---

(١) شرح العناية للبابرتى ، حاشية فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٤ بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٥ ، ١٦ ، البحر الرائق، جـ٦، ص ٢٣٦ ، مختلف الشيعة، جـ٣، ص ٢٥٥ ، شرح النيل، جـ٤، ص ٦٢٦ ؛ المحلى، جـ٨، ص ١١٠ ، المهذب، جـ٢، ص ٣٣٨ ، واستثنى الحنفية حالة واحدة لايشترط فيها رضا المحال عليه ونصت عليها المادة ٢٧٢ من مرشد الحيران فى عجزها على حالة تتم فيها الحوالة باتفاق المحيل والمحال له دون رضا المحتال عليه وهى حالة ما إذا استندت زوجته النفقة عليه بأمر القاضى فان لها أن تحيل عليه بلا رضاه ويكون ملزما بالدين للمحتال.

(٢) شرح الجلال المحلى على المنهاج، جـ٢، ص ٣١٩ ، ٣٢٠ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٩٤ ، الاقناع فى الفاظ أبى شجاع، جـ٢، ص ٣٢٤ ، ٣٢٥.

(٣)

وتوكيل منه أيضا للمحال بالقبض لان حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة عندهم.

ومع ذلك فقد اطلقوا عليها اسم الحوالة المقيدة إذ أن احتواءها على وكالتين لايفقدها صفة الحوالة وكافة الفقه الإسلامى على أنها حوالة.

وقال الدكتور عبد الرازق السنهورى: «إن الحوالة المقيدة أقرب إلى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق»[1].

وقد أجمع الفقهاء المسلمون على صحة ومشروعية حوالة الدين المقيدة وكذلك شرعتها القوانين المدنية الحديثة التى أخذت بنظام حوالة الدين.

وتنتهى حوالة الدين المطلقة بما تنتهى به حوالة الحق فيما بين المحال والمحال عليه.

وتبقى العلاقة مابين المحيل والمحال عليه إلى أن تتم تسوية العلاقة الالتزامية بينهما بالوفاء أو الإبراء أو بغير ذلك.

وتنتهى حوالة الدين المقيدة بأداء المحال به أو بحوالته إياه على آخر وبالإبراء أو الهبة أو باتحاد الذمة أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام.

وحوالة الدين المقيدة تنتهى كذلك بالأسباب التى تنهى حوالة الحق المقيدة.

---

(١) الوسيط، د. عبد الرازق السنهورى، جـ٣، ص ٤٢١ ، النهضة العربية ١٩٥٨م ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، د. السنهورى، جـ٥، ص ٧٦ ، ص ٧٧ ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٥٣ ، ١٩٥٤م.

الفرع الثالث

نيـــة التجـــديد

نية التجديد شرط لازم لقيامه، على أساس أن التجديد يعد عقدا ومن ثم فانه يستوجب أن تتوافر لدى طرفيه النية عليه وبصورة واضحة.

ونية التجديد:

تعنى توافر القصد لدى أطرافه على انقضاء التزام قديم وإحلال آخر جديد محله باتجاه الإرادة إلى ذلك.

وهذا يعنى بطبيعة الحال أن التجديد لايمكن أن يفترض وان من الممكن أن يكون ضمنيا إذ ليس من الضرورى أن يكون صريحا.

«وتنص المادة ٣٥٤م على أن "التجديد لايفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف وبوجه خاص لايستفاد التجديد من كتابة سند دين موجود قبل ذلك ، ولامما يحدث فى الالتزام من تغيير لايتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه وكيفيته. ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل ، لايتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره" ».

فيكفى إذن أن يستخلص نية التجديد صراحة من الظروف ، بحيث لايكون هناك مجال للشك فيها فتغيير محل الدين أو مصدره، وإضافة شرط أو إلغاؤه وتغيير المدين كل هذا ينطوى على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد بوضوح.

وإضافة أجل أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود أو اضافة شرط جزائى أو تقديم تأمين عينى أو شخصى أو الغاء هذا التأمين أو تغيير مكان الوفاء أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه

كل ذلك لايكفى لاستخلاص نية التجديد إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل فى وضوح على هذه النية.

وعلى هذا فنية التجديد لاتفترض بل ولابد وأن تكون صريحة فى العقد أو تكون واضحة بحيث لايكون هناك مجال للشك.

أما اذا ثار شك حول انصراف النية إلى التجديد أو عدم انصرافها إلى ذلك فان الشك يفسر ضد التجديد ولايعتبر أن هناك تجديد[(١)].

فلا بد أن تنصرف ارادة الطرفين إلى انشاء الالتزام الجديد الذى يقوم مقام الالتزام القديم . فإذا صرح المتعاقدان بانهما انما ارادا بما احدثاه من تعديل على الالتزام انشاء التزام جديد يحل محل الالتزام السابق الذى قصد إلى انهائه وجب الاعتداد بما انصرفت اليه ارادتهما ولو لم يكن ذلك التعديل من التعديلات الجوهرية اذ أن المقصود بكون التعديلات غير جوهرية هو أنها لاتدل بذاتها دلالة واضحة على نية التجديد ، فلا يترتب عليها التجديد إلا إذا اتفق عليها صراحة.

ويجوز اثبات نية التجديد لمن يدعيها بكافة وسائل الاثبات بما فيها القرائن اذا كان الدين المدين به لايزيد عن عشرين جنيها مصريا ، أما إذا زاد الدين المدنى عن هذا المقدار فانه لابد لاثبات نية التجديد من دليل كتابى[(٢)].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذا استخلصت محكمة

---

(١) نقض مدنى - ٨ - ٦٤٣ جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧م ، ونقض مدنى فى ١٩٦٥/٥/١٣ ، س ١٦، ص ٥٨٣ ، ولقد جاء فى هذا الحكم بأن كون التجديد لايقتضى أن ينص عليه صراحة بل يقوم أيضا اذا كان يستخلص بوضوح من تلك الظروف.

(٢) الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٨٣٤، بند ٤٩٧ ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، د.احمد حشمت ابو ستيت، ص ٦٠٣ ، شرح القانون المدنى، د. سليمان مرقس، ص ٨٣٥ ، ٨٣٦ ، أحكام الالتزام، د. اسماعيل غانم، ص ٢٨٣ ، بند ٢٤٤ ، أحكام الالتزام، د. حافظ سليمان، ص ٤٧٩ ، التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه، الاستاذ/ محمد كمال عبد العزيز، جـ١، ص ١٠٥٧.

الموضوع توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صحيح بالدين وأن الادعاء بصورة هذا التجديد لم يقم عليه دليل فى ذلك كله إلى عدة قرائن تكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها فانه لايجدى الطاعن بمناقشته كل قرينة على حد لاثبات عدم كفايتها حتى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله»[1].

(١) نقض مدنى، ١٣ - ١٠١٢ ، جلسة ١٩٦٢/١١/١٥م.

المطلب الثانى

محــــل التجـــــديد

محل التجديد:

هو إنهـاء التـزام قـديم وإنشـاء إلتـزام جـديد مع وجـود التـغـاير والتـزامن بينهما.

الأول : هو الالتزام القائم الذى يراد استبداله.

الثانى: هو الالتزام الجديد المراد إحلاله محل الالتزام القائم.

ومحل العـقـد هو المعـقـود عليـه، أى ما يقع عليـه التـعـاقـد وتظهر فيـه أحكامه ، أو هو الشئ الذى يلتزم المدين القيام به.

وليس كل شئ صالحا ليكون معقـودا عليـه ، فقد يمنع الشرع شئ ما أن يكون محلا للعقـد مثل الخمر بين المسلمين ، وقـد سبق فى الفـصل التـمـهيدى بيان الشروط الواجب توافرها فى محل العقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى[١].

فيشترط فى محل الالتزام «القديم والجديد» أن يكون موجودا وقت تجديد الالتزام أو يكون ممكن الوجود فى المستقبل غير معدوم ومقدورا على تسليمه.

فـأن كـان المحل مـسـتـحـيل الوجـود اسـتـحـالة مطلقـة فـان التـجـديد يقع باطلا[٢].

---

(١) ص من هذا البحث.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٣٨ ، المهذب، جـ١، ص ٢٦٢ ، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٣٢٤ ، المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٨١٧ ، مصادر الالتزام، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ١٠٣ ، النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ١، ص٢٠٥، بند ١١٣ وما بعدها ، د. الصدة، ص ٢٣٠، فقرة ١٩٨ ، أ.د. حشمت أبو ستيت، ص ١٦٠، بند ٢٠٢، ط ١٩٥٤م ، أ.د. سليمان مرقس، ص ١٧٤، فقرة ١٣٣ ، أ.د. أنور سلطان، ص ٢٠٧، فقرة ١٧٥.

وبناء على ذلك:

١- يجب أن يوجد التزام قديم وأن يكون هذا الالتزام قد خلا من أسباب البطلان.

٢- وأن ينشأ التزام جديد خال كذلك من أسباب البطلان.

٣- إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم.

٤- اختلاف بين الالتزامين فى عنصر هام.

وأشير فيما يلى إلى هذه النقاط:

وجود التزام قديم:

لكى يتحقق تجديدالالتزام يلزم وجود التزام قديم ومعرفة صفاته وتأميناته حتى لاينصب التجديد على محل لا وجود له.

واشتراط وجود التزام سابق شئ أساسى ليقوم عليه التجديد فيقضيه وذلك لأن التجديد كالوفاء لابد فيه من وجود دين قديم وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا لانعدام ركن من أركانه وهو السبب لأن الدين القديم هو سبب التجديد.

وأن الالتزام الجديد يستمد قوامه من أنه حل محل الالتزام القديم فاذا لم يوجد هذا الالتزام القديم أو ظن وجوده توهما أو كان منقضيا بسبب سابق على التجديد لم يقم تبعا لذلك الالتزام الجديد.

ويشترط أن يكون وجود الالتزام القديم هنا وجودا ماديا.

أى وجود محل الالتزام فى حوزة صاحبه محرزا وداخلا تحت حيازته، فلا يقوم الالتزام على محل ليس مملوكا لأحد من الناس كبيع الكلاء أو الماء غير المحرز، لعدم القدرة على تسليم هذا المحل[1].

---

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٧ ، شرح الحطاب علي مختصر خليل، جـ٤، ص ٢٢٦ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٢ ، اعلام الموقعين، جـ١، ص ٢٥٧ وما بعدها ، الروض المربع، جـ٢، ص ٣٥.

كما يشترط أن يكون لمحل الالتزام قيمة مالية فكل ما يمكن أن يملكه الانسان وينتفع به على وجه معتاد يسمى مالا متقوما أى ذى قيمة مادية محرزا يمكن التصرف فيه.

أما ماليس بمال كالميتة أو ماليس بمتقوم كالخمر فلا يصح أن يكون محلا للالتزام فى الفقه الإسلامى وبالتالى لايمكن الحكم بوجوده لكى يكون محلا لانشاء التزام جديد.

فان كان منتفعا به أصلا ولكن الانتفاع به غير مشروع كالآت اللهو والطرب ، فان جمهور الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز بيعها خلافا لأبى حنيفة.

واشترط الفقهاء: وجود محل الالتزام بهذه الكيفية لكى يتم التجديد لأن العقد وآثاره أوصاف شرعية وجودية يقدرها الشارع والمعدوم لايقبل الأوصاف الوجودية.

فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم منفعة، أم معنى من المعانى يقتضى شيئا موجودا يقوم به(١).

ويشترط فى الالتزام القديم أن يوجد طاهرا لا نجسا ولامتنجسا، فأن كان نجسا فأنه لايقبل التعامل شرعا وذلك كالخنزير والميتة.

وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء(٢).

وخالف فى هذا الحنفية حيث أجازوا بيع بعض النجاسات لجلد الميتة للانتفاع بها وضابط ذلك عندهم: «أن كل ما فيه منفعة تحل شرعا كان محلا للالتزام»(٣).

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٤٤ ، الشرقاوى على التحرير، جـ٢، ص ٨ ، المدخل للفقه الإسلامى، أ.د. محمد مصطفى شلبى، ص ٣٠١ ، ٣٠٣.

(٢) مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١١ ، الشرح الكبير للدردير، جـ٣، ص ١٠ ، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٢٥١ ، ٢٥٥.

(٣) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ٤٢.

وكذلك يجب أن يكون محل التجديد معينا تعينيا نافيا للجهالة المؤدية إلى النزاع بين المتعاقدين.

ويكتفى القانون المدنى لإجازة التعاقد أن يكون المحل قابلا للتعيين م ٢/١٣٣ مدنى مصرى.

أما فى الفقه الإسلامى فلا يقر رجاله قابلية المحل للتعيين بل لابد أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة لايتطرق إليه أى احتمال وإلا كان الإلتزام باطلا[(١)].

كما يشترط فى محل التجديد أن يكون قابلا للتعامل فيه شرعا ، فاذا كان محل التجديد من الأشياء التى لايصلح التعامل فيها شرعا مثل لحم الميتة «لإنه لايعتبر مالا فى نظر الشرع» والخمر والخنزير بالنسبة للمسلم أو استئجار النائحة والمغنية «للمحافظة على الآداب العامة والاخلاق» أو استئجار الدار لاتخاذها ناديا للقمار أو تناول المسكرات ، أو يكون الشئ مملوكا للعامة مثل الطرق والكبارى ، كان هذا العقد باطلا.

ويشترط القانون المدنى المصرى كذلك أن يكون محل التجديد مشروعا أى غير مخالف للقواعد القانونية الوضعية أو خارجا عن التعامل بطبيعته م ٣٥٣ من القانون المدنى.

ونلاحظ هنا الخلاف بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى من مصدر المشروعية ففى الفقه الإسلامى نجد أن مصدر شرعية الشئ وعدم شرعيته راجع إلى حكم الله سبحانه وتعالى، بينما نجد أن مصدر المشروعية فى القانون المدنى هو القانون ، فما جعله القانون مشروعا فهو مشروع وما جعله القانون غير

(١) المبسوط، جـ١٣، ص ١٦ ، الفروق للقرافى، جـ١، ص ١٦٥ ، القوانين الفقهية، ص ١٦٣ ، ١٦٩ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٦ ، الشرح الكبير على هامش المغنى، جـ٤، ص ٢٩ ، وهبة الزحيلى، جـ٤، ص ١٨٠ ، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٢٣٩ ، ٢٤١ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨١٧ ، ٨١٩.

مشروع فهو كذلك دون الاستناد إلى حكم الشرع فهناك فارق كبير بين مصدر الشرعية فى النظامين[1].

كما يشترط فى محل التجديد أن يكون مقدورا على تسليمه وقت التعاقد حتى لايتعطل حكم العقد ويحدث النزاع بين المتعاقدين ، فلا يصح التعاقد على المباح قبل حيازته ولا الحيوان الشارد الذى لايقدر على تسليمه ، وهنا خلاف بين الفقهاء حول لزوم هذا الشرط وفى عقود المعاوضات والتبرعات سبق الاشارة إليها فى الفصل التمهيدى[2].

أما القانون المدنى فلم يشترط فى محل العقد أن يكون مقدورا على تسليمه وقت العقد ولذا فانه أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد ولكنه سيوجد فى المستقبل. م ١٣ م م [3].

كما يشترط أن يكون محل الالتزام القديم معلوما لطرفى العقد علما ينفى الجهالة المؤدية إلى النزاع بين المتعاقدين وهذا العلم يحصل برؤية المعقود عليه عند العقد أو قبله بوقت لايحتمل تغيره فيه، أو بوصفه وصفا يكشف عنه تماما وذلك ببيان النوع والجنس والمقدار[4].

وفى القانون المدنى المصرى:

من البديهى أنه لتمام التجديد يجب أن يكون ثمة التزام موجود وقائم يراد انقضاؤه عن طريق التجديد.

أو يكون هذا الالتزام ممكن الوجود فى المستقبل غير معدوم.

---

(١) مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٢ ، الشرح الصغير، جـ٣، ص ٢٤ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للاستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبى، ص ٣٠٢ ، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٢٤٢ وما بعدها ، أ.د. منصور مصطفى منصور، ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) ص من هذا البحث.

(٣) فتح القدير، جـ٣، ص ١٩١ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، كشاف القناع، جـ٢، ص ١٥ ، مصادر الالتزام، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ١٠٣.

(٤) الفروق للقرافى، جـ١، ص ١٩٥ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٦.

وفى القانون الرومانى كان التجديد يستلزم وجود التزام قديم وقد كانت مشارطة التجديد فى العصر العلمى تستلزم وجود التزام سابق محقق وحال.

ولقد انتهى حكم القانون الرومانى فى عهد جوستنيان إلى أن مشارطة التجديد ليست فى احلال التزام محل التزام بل اضافة التزام جديد إلى التزام سابق له وجود مادى سواء كان طبيعيا أو شرطيا[١].

ويستفاد هذا الشرط «وجود التزام قديم» يقوم عليه التجديد فيقضيه من نصوص المواد ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى.

فاذا كان محل الالتزام هو اعطاء شئ فيشترط فيه أن يكون موجودا وقت التعاقد على التجديد أو قابلا للوجود وفقا لقصد المتعاقدين، فاذا انصرف هذا القصد إلى أن الالتزام القديم موجود فعلا وقت التجديد ثم اتضح انه غير موجود فان التجديد لايقوم لأن الشئ محل الالتزام ومحل التجديد غير موجود وقت ابرام العقد.

أما اذا لم تنصرف نية المتعاقدين إلى أن يكون الشئ موجودا فعلا وقت العقد فيكفى أن يقع التجديد على شئ مستقبل وهو ما أجازته المادة ١/١٣١ مدنى.

كذلك إذا كان الالتزام القديم عملا أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكنا أما إذا كان مستحيلا فإن المحل يكون معدوما وبالتالى يبطل التجديد لانعدام وجود الالتزام القديم ، ولايبطل التجديد إلا إذا كانت الاستحالة مطلقة وسابقة أو معاصرة لعملية التجديد كما فى حالة تجديد تأجير منزل وكان قد احترق قبل التعاقد على التجديد[٢].

---

(١) الوسيط، أ.د. السنهورى، جـ٣، ص ٩٥٨، ط ١٩٨٤، دار النهضة العربية، نظرية الالتزام فى القانون الرومانى، ص ٣٤٨ ، ط ١٩٣٦ ، القاهرة ، تجديد الالتزام، د. رضا متولى وهدان، ص ٢٠٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم الدراوى، جـ٢، ص ٤١١، ط ١٩٦٨ دار النهضة العربية.

فالمدين لايرتضى أن يحمل بالتزام جديد إلا بالمقابل لانقضاء التزام قائم فإذا لم يكن هناك التزام قائم كان الالتزام الجديد ليس له سبب[١].

ويشترط فى الالتزام القديم ألا يكون باطلا:

وأسباب البطلان فى الفقه الإسلامى يمكن إجمالها ، فى أنه إذا اختل ركن فى العقد أو شرط من شرائطه كان باطلا.

وركن الالتزام هو الإيجاب والقبول:

ويشترط فى الصيغة: وهى مايصدر من المتعاقدين دالا على توجه إرادتهما لانشاء العقد سواء أكان لفظا أم كتابة أم إشارة أم فعلا شروط هى:

١- الوضوح.
٢- التطابق.
٣- الاتصال.
٤- البقاء.

ويشترط فى العاقدان: التعدد والأهلية ، ويشترط فى المحل «المعقود عليه»:

١- أن يكون موجودا وقت التعاقد.
٢- أن يكون معلوما للمتعاقدين.
٣- أن يكون قابلا للتعامل فيه شرعا.
٤- أن يكون مقدورا على تسليمه.

فاذا أصاب الالتزام القديم أى خلل فى ركن من أركانه أو فى شرط من شرائط الركن كان باطلا ولا وجود له.

مثال ذلك:

إذا كان أحد العاقدين غير أهل لإبرام العقد كالمجنون.

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أحمد سلامة، ص ٢٥٨ ، أ.د توفيق حسن فرج، ص ٢٢٧.

أو كانت الصيغة التى أنشأت الالتزام غير واضحة الدلالة أو اقترن بها ما يجنبها احتمال إرادة شئ غير إنشاء العقد ، أو يكون محل الالتزام غير موجود وقت التعاقد أو موجود ولكنه غير معلوم للمتعاقدين أو غير قابل للتعامل فيه شرعا ، كأن يكون ليس بمال أو غير متقوم كالخمر والخنزير(١).

فإذا كان الالتزام القديم قد انقضى لأى سبب من الأسباب أو كان باطلا بطلانا مطلقا فلا يتم التجديد.

أما إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال فقد نصت المادة ٢/٣٤٢ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية على أنه:

«أما إذا كان الالتزام القديم قد نشأ عن عقد موقوف فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله».

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٣ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبارة عقد موقوف الواردة بالمادة المقترحة بعبارة عقد قابل للإبطال الواردة فى النص المدنى المصرى الحالى لأن المشروع أخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال(٢).

وعند شراح القانون المدنى تفصيل فى هذه الحالة:

إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال فالحال لايخلو من أحد

---

(١) البحر الرائق، جـ٦، ص ٧٠ ، ٧١ ، الفروق ، جـ١، ص ٨١ ، مواهب الجليل، جـ٣، ص ٤٢٩ ، نهاية المحتاج، جـ٥، ص ١٦٣ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٣٨ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ١٢ ، الشرح الصغير، جـ٣، ص ٢٤ ، حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١١.

(١) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٣، دار الفكر العربى، النظرية العامة للالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٢٧ سنة ١٩٨٥م ، أحكام الالتزام، أ.د. مصطفى الجمال، ص ١٠٨ ، الوسيط، جـ٣، ص ٨١٧ ، وأيضا استئناف مختلط ١٥ ابريل ١٨٩١ مج ، ت . م ٣، ص ٣٠٧ ، ١٧ من ابريل سنة ١٩٠٠ مج ، ت. م١٢، ص ٢٠٤، ٢٦ من ابريل سنة ١٩١١ مج، ت. م٢٣، ص ٢٨٢.

فرضين:

١- أن يعلم من تقرر الإبطال لمصلحته بسبب الإبطال وبرغم ذلك يجدد الالتزام ، أو ألا يعلم.

وفى الفرض الأول يعتبر رضاه بالتجديد إجازة للقابلية للإبطال، ومن ثم يكون التجديد صحيحا غير مهدد بالإبطال.

أما فى الفرض الثانى:

فان التجديد يقع صحيحا ولكن مصيره يرتبط بمصير الالتزام المجدد ، فان قضى بابطاله زال التجديد لأنه يرتكز على الالتزام الذى أبطل ، ومعلوم أن للإبطال أثرا رجعيا.

وينتقد هذا الرأى:

بأنه بمجرد قيام التجديد ينقضى الالتزام القديم فكيف يمكن إبطال التزام قد انقضى؟.

وإذا كان الالتزام القديم معلقا على شرط انصرف هذا الشرط إلى الالتزام الجديد كذلك . فاذا كان هذا الشرط فاسخا وتحقق أو واقفا وتخلف . زال الالتزام القديم بأثر رجعى ، ويطل التجديد تبعا لذلك لتخلف سببه.

على أنه يلاحظ ، أنه قد يقصد بالتجديد استبدال التزام بسيط جديد بالالتزام القديم المعلق على شرط وفى هذه الحالة ينقضى الالتزام القديم وينشأ التزام جديد غير موصوف.

أما إذا كان سبب الالتزام القديم هو التقادم فان وقع الاتفاق على التجديد قبل التمسك بالتقادم كان نزولا عن التمسك به[1].

---

(١) الوسيط، الدكتور السنهورى، جـ٣ ص ٤٠٧، بند ٨١٧ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد الحى حجازى، ص ٧٦ ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، ص ٦١٠ ، (=)

هذا وقد اختلف فى شأن تجديد الالتزام الطبيعى.

والراجح فقهيا فى هذا الشأن هو أن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى لايعتبر تجديدا بل هو اتفاق على انشاء التزام مدنى يكون الالتزام الطبيعى سببا له، وهذا التصوير الذى تخيره المشرع المصرى ونص عليه ف م ٢٠٢[١].

٢- إنشاء التزام جديد:

ومن جهة أخرى يجب أن ينشأ التزام جديد خال من أسباب البطلان.

فاذا كان الالتزام الجديد لم ينشأ بسبب تعليقه على شرط واقف لم يتحقق لأن الحوالة هى اتفاق بين طرفين على تجديد الدين وانتقاله

وكذلك الشأن إذا كان الالتزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا فاذا كان الالتزام الجديد قابلا للإبطال ، ظل التجديد مهددا بالزوال فاذا تمسك بالبطلان من تقرر لمصلحته ، زال الالتزام الجديد بأثر رجعى ، ويبقى المدين ملتزما بالالتزام القديم لأنه لم ينقض.

هذا ويجب عند انشاء التصرف الجديد أن يكون له وجود حقيقى وليس وهميا.

فان كان كذلك فلا وجود للتجديد ويقع باطلا ويبقى التصرف القديم قائما كأن تكون العين الجديدة التى يريد شراءها البائع بالثمن الذى فى ذمة المشترى لاوجود لها حقيقة ، فان هذا الالتزام لا وجود له لعدم القدرة على تسليم العين الجديدة.

كذلك يجب أن يكون الالتزام الجديد غير معرض للبطلان المطلق لانعدام

(=) شرح القانون المدنى ، د. سليمان مرقس، ص ٨٣٥ ، التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه للاستاذ/ محمد كمال عبد العزيز، ص ١٠٥٥.

(١) د. انور سلطان، ص ٣٦٥ ، د. مصطفى الجمال، ص ٢٢٧.

التراضى أو عدم مشروعية المحل أو السبب ، كان تكون هبة الثمن أو هبة المبيع غير المنقول باطله لوقوعها من غير جائز التصرف أو شراء خمر بالثمن أو جعل المبيع دار قمار أو مصنع خمر وهكذا.

ولايجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه أى أخذ العوض بدلا منه لأنه دين فى الذمة وغير حال فلا يجوز أن يستبدل به دين جديد حيث يتم قبضه فى المجلس لانه ان استبدل فيكون موافقا لعله الربا فلا يجوز إلا بشرط قبضه فى مجلس العقد ولايكفى هنا تعيينه فقط[١].

انشاء الالتزام الجديد
فى القانون المدنى المصرى

لايكفى تراضى أو اتفاق ذوى الشأن على التجديد حتى يقوم بل يتعين فوق ذلك أن ينشأ التزام جديد يكون مغاير للالتزام القديم في عنصر من عناصره الأساسية وهى الأطراف أو المحل أو المصدر.

وعلى ذلك لايوجد تجديد إذا جاء التغيير بعيدا عن العناصر الجوهرية المذكورة بان شمل عناصر ثانوية مثل زمان الوفاء أو مكانه[٢].

وهنا لايكون ثمة تجديد فلا يعدو الأمر إلا أن يكون ذلك إقرار بالالتزام القديم أو إقرارا به لكى يسرى فى حق الغير.

فلا يعتبر الالتزام الجديد جديدا بمجرد إدخال تعديل عليه كأجل أو شرط أما إضافة تأمين له أو انقاص تأمين فأن ذلك يعتبر تعديلا للالتزام لاتغييرا له وإنما يكون الالتزام الجديد مغايرا للالتزام القديم إذا تغير محله أو مصدره أو تغير فيه الدائن أو المدين فالتعديل ليس هو التجديد لأن التجديد فيه ينقضى

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ١٣١ ، ٥٣٢ ، شرح منح الجليل وحاشية تسهيل منح الجليل للشيخ محمد عليش، جـ٣، ص ٥٢ ، فقه الإمام جعفر الصادق، جـ٣، ص ٢٥٠.

(٢) الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٨.

الالتـزام القديم ويحل محله التزام جديد والتعديل ليس كذلك. إذ أن انقضاء الالتزام القديم لايتم إلا بنشوء الالتزام.

كما أن نشوء الالتزام لايتم إلا بانقضاء الالتزام القديم لأن الالتزام الجديد إنما هو الالتزام القديم ولكن فى صورة أخرى لأن التجديد تغيير للالتزام.

وكذلك إذا تعلق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ أو بالعكس الغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقا عليه فأصبح التزاما منجزا فإن هذا يعد تعديلا جوهريا فى الالتـزام إلى حد أن يكون تجديدا له بتغيير محل المدين[1].

ولاينقضى الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لايقبل الالتـزام القديم إلا إذا أخذ مكانه التزام آخر جديد ، وهذا الالتزام الجديد يجب أن ينشأ خاليا من أية عيوب موضوعية فلو كان أحد طرفى العقد ناقص الأهلية أو كان رضاؤه غير صحيح أو كان هناك عيب فى الشكل الرسمى فإن الالتزام القديم يبقى لأن الالتزام القديم لاينقضى إلا إذا حل محله التزام جديد.

وعلى ذلك لايتم التجديد إذا كان الالتـزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا «م٣٥٣/١» أو إذا كان هذا الالتزام معلقا على شرط فاسخ وتحقق الشرط، أو على شرط واقف وتخلف الشرط.

وفى هذه الحالة يظل المدين ملتـزما بالالتـزام القـديم لأنه لم ينقض لأن التصرف الباطل لايترتب أى أثر ولو كان مقصودا.

أما إذا كان الالتزام الجديد قابلا للابطال ، بسبب عدم استيفائه الشروط الموضوعية أو الشكلية اللازمة لصحة وجوده كأن يكون ذلك بسبب نقص فى

---

(١) الوسيط، د. عبد الرازق السنهورى، جـ٣، ص ١٢٣، بند ٤٠٧ ، ٤٩٧ ص ٨١٧ ، ٨١٩ ، النظرية العامة للالتزام، د. عبد الحى حجازى، جـ٢، ص ١٠ ، اسماعيل غانم، فقرة ٢٤٤ ، د. انور سلطان، جـ٢، ص ٣٦٦، سنة ١٩٦٣ ، دار المعارف، د. احمد سلامة، ص ٢٥٩ ، أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ص ٢٥٨.

الأهليـة أو عـيب فى الرضـا ، أو انعـدام الكتـابة الرسـميـة عندمـا يكون ذلك واجبا.

فان الالتزام القديم لاينقضى بل يظل باقيا ولايؤثر فيه التجديد(١).

وهنا يكون الاتفاق على التجديد ينعقد صحيحا حتى يقضى بالإبطال فـاذا قـضى به زال الالتـزام الجديد بأثر رجعى واعـتبـر الالتـزام القديم باقـيـا لم ينقض «م ٣٥٣ م م»(٢).

والوسيلة التى استعملها الفقهاء الرومان لتجديد الدين أو الحق وسيلة الاشتراط الشفهى ، وبموجب هذا الاشتراط كان ينشأ الالتزام الجديد فيتعهد المدين الجديد فى مواجهة الدائن أن يفى هو بالدين الذى له قبل المدين القديم ، هذا الاشتـراط يتـولد عنه التـزام المدين الجـديد ويبـرئ في الوقت نفسـه المدين القديم، والتـزام المدين الجديد يكون التزامـا متـميـزا ومسـتـقـلا وغيـر متـعلق بالالتزام السابق أو الموضوع نفسه(٣).

٣- احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم:

إذا كان التجديد أحد أسباب انقضاء الالتزام القديم فهو ينشئ التزاما آخر جديدا ولكى يقوم التجديد على محل له وجود فـعلى فـانه يلزم إلا يكون الالتزام القديم قد انقضى بسبب آخر قبل قيام التجديد.

فلا بد من بقائه قائما إلى حين تجديده بالتزام آخر يتزامن فيـه الانقضاء للالتزام القديم والانشاء للالتزام الجديد.

فلا بد لتمام التجديد أن يكون انقضاء الالتزام القديم موقوفا على نشوء

---

(١) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ص ٤٨٩ ، د. احمد شوقى عبد الرحمن، ص ٢٠٥.

(٢) محكمة شبين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ رقم ٤٣١، ص ٦٨٤ ، طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠م المجموعة الرسمية، ٣١ رقم ١١٦، ص ٣٠٠.

(٣) تاريخ النظم القـانونيـة والاجتـمـاعيـة، د. صوفى أبو طالب، ص ٢٢٩، مكتبـة النهـضة المصرية.

الالتزام الجديد وأن الالتزام الجديد لاينشأ إلا بانقضاء الالتزام القديم.

أما إذا لم تكن ثمة علاقة بين نشوء الالتزام الجديد وانقضاء الالتزام القديم على هذا النحو المتقدم فلا يمكن تصور قيام التجديد.

ولهذا وجب أن يكون بين الالتزام المنقضى والالتزام الجديد اتحاد فى بعض عناصره التى لم تتجه الإرادة إلى تجديدها، وفى ذات الوقت يشترط أن يكون هناك اختلاف فى بعض العناصر الأخرى التى يراد تجديدها، لأن التجديد هو فى الواقع تحوير فى الالتزام القائم ولكنه تحوير يكلفه حياته فينقضى ليحل محله التزام جديد(١).

أى يجب أن تكون هناك صلة بين الالتزامين إذ أن انقضاء الالتزام القديم لايتم إلا بنشوء الالتزام، كما أن نشوء الالتزام الجديد لايتم إلا بانقضاء الالتزام القديم لأن الالتزام الجديد إنما هو الالتزام القديم ولكن فى صورة أخرى(٢).

٤- اختلاف بين الالتزامين فى عنصر هام:

يتجدد الالتزام وفقا لنص المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المصرى إما بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين.

من هذا يتبين أنه لكى يتجدد الالتزام لابد من أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى عنصر هام من عناصره الهامة وهى محل الالتزام أو سببه أو أحد اطرافه.

أما إذا كان الالتزام الجديد لايختلف عن الالتزام القديم فى أحد هذه العناصر كأن يكون إقرارا بالالتزام القديم أو إقرارا له لكى يسرى فى حق الغير. أو إجازة له حتى يزول البطلان النسبى.

---

(١) أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤١٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ٣، ص ٧٧.

وكأن يدخل عليه تغيير ولكنه غير جوهرى كاضافة أجل إلى الالتزام القديم أو مد أجل قائم أو الغاء أجل أو اضافة شرط أو تقديم تأمين عينى أو شخصى أو إلغاء تأمين أو تعديل مكان الوفاء أو تعديل مقدار الدين فإنه لايكون تجديدا.

ولكن الشرط وحده من أوصاف الالتزام يؤثر على الالتزام فيجدده فادخال شرط على التزام بسيط وحذف شرط من التزام موصوف يعد تجديد لهذا الالتزام لأنه يؤثر على وجود الالتزام ذاته(١).

ولايعتبر تجديدا للدين مجرد كتابة سند به، بل إن ذلك لايخرج عن كونه تهيئة لدليل عن دين موجود فعلا(٢).

ولايعتبر تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره على أنه كان هذا الالتزام مكفولا بتأمين خاص فان هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك «م ٣٥٥ م»(٣).

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٨٢٢.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٥٠ ، الوجيز فى آثار الالتزام، أ.د. محمد عمران، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨.

(٣) قضت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها بأن: «تجديد الالتزام وفقا لما تنص عليه المادة ٣٥٤ م لايستفاد كلية من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لايتناول الازمان الوفاء أو كيفيته ، كما أن تجديد الالتزام لايفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص من الظروف». نقض مدنى فى ١٩٧٧/٦/٣٠م س ٢٧ ، ص ١٥٤٣ ، وكذلك أيضا فقد قضت محكمة النقض بأنه: «لامحل للقول بأن السندات المحررة بباقى الثمن ينشأ عنها التزام جديد إلى جانب الالتزام الأصلى ويبقى لكل من الالتزامين كيانه الذاتى بحيث يحق للدائن الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلى مستندا إلى عقد البيع أو بدعوى الالتزام الجديد مستندا إلى السند الأذنى». نقض مدنى فى ١٩٧٣/٤/١٠ ، س ٢٤ ، ص ٥٧٠.

المقارنة بين الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

إن إنشاء الالتزام الجديد فى كل من الفقه الإسلامى والقانونى المدنى المصرى متقارب.

فيجب انقضاء الالتزام القديم وإحلال الالتزام الجديد محله، كما أن شرط الوجود الحقيقى للالتزامين وعدم تعرضهما للبطلان من الشروط التى اتفق فيها الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

ولكن بالنظر فى بعض التطبيقات الواردة فى الفقه الإسلامى والتى يمكن استظهار التجديد منها . نجد أن الفقه الإسلامى قد اشترط فى التصرفات الجديدة بعض القيود تحرزا من الوقوع فى الربا أو الاضرار بمصالح الآخرين وهو الأمر الذى لم يقرره القانون الوضعى نظرا لأنه مازال يقر الفوائد القانونية طبقا لنص المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ والمواد الأخرى التى تقر الفوائد وهى تؤدى إلى ربا المعاملات.

والفقه الإسلامى حينما قرر إمكانية التصرف الجديد لأحد أطراف الالتزام أورد قيدا وهو كون هذا التصرف «قبل القبض» . حيث يكون الدين ما زال قائما فى الذمة فيمكن للبائع التصرف فى ثمن المبيع ويمكن للمشترى التصرف فى المبيع غير المنقول . وهو اتجاه يدل على التحرز عن شبهة الربا والإضرار بملك الغير.

كما أن التصرف فى المبيع غير المنقول وتقييده بكونه «غير منقول» لهو من الضمانات الواردة فى الفقه الإسلامى لسلامة التصرفات وعدم تعرضها للبطلان حيث نهى النبى - ﷺ- عن «بيع مالم يقبض»(١).

وهذه الضمانات لانجد مايقابلها فى الفقه الوضعى.

---

(١) حديث «اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه» نصب الراية، جـ٤، ص ٣٢ ، تجدي الالتزام، ص .

ويتفق الفقه الإسلامى مع القانون المدنى فى انه لابد من وجود التزام قديم والتزام جديد يحل محله، ويجب أن يكون هناك وجود حقيقى للالتزامين.

فلا بد وأن يكون كل منهما موجودا وجودا زمنيا حال إجراء التجديد بجانب الوجود المادى فى حوزة المدين وقدرته على تسليمه مع تعيينه تعينيا نافيا للجهالة الفاحشة . وقت التعاقد.

وهذا الوجود يستلزم ألا يكون الالتزام القديم قد انقضى قبل الاتفاق على التجديد بسبب آخر من أسباب الانقضاء.

كذلك هناك اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى فى أنه يلزم ألا يكون الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا . أى مستوفيا لجميع أركانه وشروطه.

المطلب الثالث

سـبب التجـديد

السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها.

والسبب هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه.

والفرق بينه وبين المحل هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزام المدين؟.

أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين؟.

والسبب بهذا المعنى لايكون عنصرا فى كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى إذ الالتزم غير العقدى لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصبح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه(١).

ولكل عقد شرعى غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس إلى اغراضهم من معايشهم ، ووضع لكل عقد ما يحقق ذلك على ما هو مبين فى الكتب الفقهية.

والسبب فى الفقه الإسلامى هو مجموع الآثار المتولدة عن العقد فإن كانت هذه الآثار سليمة ذات محل مشروع كان العقد صحيحا وهذه الآثار هى التى دفعت العاقد إلى التعاقد.

وسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد ، ففى العقود التبادلية ، سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشترى بدفع الثمن وسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام ا

(١) الوسيط - مصادر الالتزام - العقد، للدكتور السنهورى، ص ٥٥٤ ، ٥٥٥، بند ٢٤٢ ، دار النهضة العربية، ١٩٨١م.

البائع بنقل الملكية.

وهذا السبب الفنى يختلف عن الباعث فاذا كان الأول هو الغرض الدافع والمباشر الذى التزم المدين من أجله فان الباعث هو ما قبل ذلك من الدوافع(١).

وتنص المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه:

«يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحديث فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لافرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات»(٢).

والشروط الواجب توافرها فى سبب الالتزام «سبب العقد» : هى:

أولا : أن يكون موجودا.
ثانيا: أن يكون صحيحا.
ثالثا: أن يكون مشروعا.

اولا: أن يكون موجودا:

ومعنى وجود السبب هو وجود غرض مباشر ومجرد يقصده الملتزم من وراء التزامه ، ويعتبر عنصرا موضوعيا يدخل فى العقد ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود.

ووجود السبب ليس فى الواقع شرطا يجب توافره فى شئ بل هو الشئ

---

(١) الالتزام وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى للشيخ احمد ابراهيم بك، ص ٩٨ وما بعدها ، مكتبة عبد الله وهبة ، الزحيلى، جـ٤، ص ٣٤.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص ٢٢٧.

ذاته، وانما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لايكون له سبب يكون التزاما غير قائم.

وهذا السبب لاشك أنه الذى تعتد به النظرية التقليدية فى القانون المدنى المصرى.

ثانيا: أن يكون صحيحا:

والسبب غير الصحيح لايصلح أن يقوم عليه التزام ، ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين:

١- إما لأن السبب الظاهر -وهو السبب غير الصحيح- هو سبب موهوم أو مغلوط.

٢- وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى.

ثالثا: أن يكون مشروعا:

واشتراط مشروعية السبب يقتضى أنه إن لم يكن كذلك لايصح العقد ، وهذا يعنى أن مشروعية السبب شرط متميز عن مشروعية المحل ، فقد يكون المحل مشروعا والسبب غير مشروع ، فلا يصح العقد حينئذ.

ويدخل هنا عقود كثيرة ، مثل بيع عصير العنب ممن يعلم البائع أنه سيتخذه خمرا ، وبيع السلاح لمن يقطع به الطريق أو لأهل الفتنة وبيع أدوات القمار ، وتأجير دار لمن يعدها للدعارة ، فكل هذه العقود غير صحيحة فى رأى جمع كثير من الفقهاء لعدم شرعية السبب الذى يقصده المشترى(١) مع أن محل العقد مال حلال مملوك لصاحبه.

---

(١) الحطاب على مختصر خليل، جـ٤، ص ٢٦٣ وما بعدها ، المحلى، جـ٩، ص ٢٩ ، القواعد لابن رجب، ص ٣٢٣.

وفى القانون المدنى المصرى:

السبب المشروع هو الذى يحرمه القانون ولايكون مخالفا للنظام العام ولا للآداب[١].

ونص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشئ يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب ، ومن أمثلة ذلك:

النص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلة ، أو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش ، أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات.

وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وسبب العقد ولاتعارض فى الجمع بينهما لأن ذلك يحقق فائدتين:

الفائدة الأولى:

وهى خاصة بفكرة السبب إذ أن سبب الالتزام هو الذى يفسر مدى ارتباط الالتزامات المتقابلة فى العقود التبادلية وما تتميز به هذه العقود من خصائص ثلاث هى: الدفع بعدم التنفيذ - ونظرية الفسخ - ونطرية تحمل التبعية.

الفائدة الثانية:

وهى خاصة بفكرة سبب العقد إذ بمقتضاها يمكن إخضاع المعاملات لقواعد الآداب والنظام العام[٢].

ولقد تعرض الفقه الإسلامى لفكرة السبب ، وقد جرى البحث فيه عما إذا كانت العبرة بظواهر الألفاظ والعقود وان ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم

---

(١) الوسيط - مصادر الحق - العقد، أ.د. السنهورى، ص ٥٨٩ وما بعدها.

(٢) مصادر الالتزام، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ١٢٨ وما بعدها ، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٢٢٦ وما بعدها.

للمقاصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومرعاة جانبها[١].

وخلاصة ذلك فى الفقه الإسلامى:

أولا: أن النية لها أثرها إذا ذكرت فى عبارة العقد صراحة أو ضمنا.

ففى الحالة الأولى: إذا ذكرت صراحة فى عبارة العقد كاستئجار فتاة للزنا وشراء كبش على أنه نكاح ، يبطل العقد لأن الاستئجار كان للزنا والشراء كان للتلهى وكلاهما محظور.

والنية هنا ذكرت فى العقد واختلطت بالمحل فبطل العقد لعدم مشروعية المحل.

والحالة الثانية: التى يكون للنية فيها أثر فى العقد هى حالة ما اذا استخلصت ضمنا من عبارة العقد كما لو كان محل العقد دالا عليها دلالة مؤكدة كمن يشترى خمرا ، فنيته شربه أو بيعه أو حنله.

ثانيا: إذا كانت النية غير مذكورة فى عبارة العقد ، كما أن دلالة محل العقد عليها دلالة محتملة كمن يشترى آلة للهو فيحتمل أنه يقصد اللهو بها ويحتمل أنه يريد الانتفاع بخاماتها فى غير اللهو كأن يجعل النرد والشطرنج صنجات لميزان عنده، وكمن يبيع العنب لمن جرت عادته بأن يعصره خمرا ، فقد يعصره خمرا وقد يأكله عنبا[٢].

وقد اختلف العلماء في هذه الحالة:

أولا: ذهب الحنفية والشافعية إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى العقود ولاأثر للنية ، إلا أنه يكره التعاقد مع من يحتمل أن تكون نيته غير

---

(١) اعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، جـ٣، ص ٩٦ ، ٩٨.

(٢) نظرية الالتزام – الكتاب الأول – أ.د. عبد الناصر العطار، ص ١٣٨ وما بعدها ، مطبعة السعادة.

مشروعة[١] إذا التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة ، بالإضافة إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشئ المادى الذى يقف عنده المتعـاملون ويطمـئنون إليـه فى تعاملهم.

ثانيا: ذهب المالكيـة والحنابلة[٢]. إلى الاعتداد بالسبب الباعث والنية «الارادة الباطنة» فيبطلون التصرف الذى يشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر أنه غير مشروع أو بامكانه أن يعلم ، ويمكنه أن يعلم هذا بالقرائن.

ومن هذه القرائن عادة المتعاقد ، فمن يبيع العنب لم يعلم أن عادته جرت بعصره خمرا يكون بيعه باطلا لأن جريان عادة المشترى على عصر العنب خمرا يدل على أنه اشترى العنب ليعصره خمرا فكان القصد من عقده الحرام فيبطل سدا للذرائع.

فهذا الاتجاه يأخذ بالارادة الباطنة ، فالسبب عندهم هو الباعث وان لم يذكر فى العقد والمعول عليه هو المقصد والنية لأن النية روح العمل ولبه.

وذهب الظاهرية والشيعة والجعفرية والزيدية إلى مايقرب من هذا الاتجاه[٣].

---

(١) يقول الإمام الشافعى فى الأم، جـ٣، ص ٦٥: «أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولابعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر» تبيين الحقائق، جـ٥، ص ١٢٥.

(٢) مواهب الجليل، جـ٤، ص ٢٦٣ ، والمغنى، جـ٢، ص ٢٨٣ ، اعلام الموقعين لابن القيم، جـ٣، ص ٩.

(٣) جاء فى المحلى، جـ٩، ص ٢٩: «لايحل بيع شئ ممن يوقن انه يعصى الله به كبيع كل شئ ينبذ أو يعصر ممن يوقن انه يعمله خمرا».

وجاء فى مفتاح الكرامة، جـ٤، ص ٣٧: «وبيع العنب ليعمل خمرا والخشب ليعمل صنما يكره بيعه على من يعمله» .

وجاء فى المنتزع المختار من الغيث المدرار لعبد الله بن مفتاح، جـ٣، ص ١٩ ، ٢٠: «بحترز مما منفعته غير حلال... وذلك نحو أن يبيع العنب من يتخذه خمرا والخشب إلى من يصنعها مزامير» ط المعارف سنة ١٣٤٠هـ.

(=)

ويؤخذ مما سبق أن الفقه الإسلامى يعتبر بالنوايا والقصود ويرجع ذلك إلى أنه فقه دين واخلاق وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك.

وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريما، فيصير حلالا تارة وحراما تارة اخرى باختلاف النية والقصد كما يصير صحيحا تارة وفاسدا تارة باختلاف وهذا كالذبح ، فان الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله[1].

ولقد أخذ التقنين المدنى الجديد بالارادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل فى تكوين العقد وتفسيره.

ففى تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد فى بعض الحالات على الارادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة «٨٩» على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه.

وفى تفسير العقد يمكن القول أن التقنين المدني الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالارادة الظاهرة فى العقود التى تكون عبارتها واضحة م ١/١٥٠.

والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هى الإرادة الباطنة ، ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال ، تبعا لمقتضيات الاستقرار فى التعامل.

تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة

(=) وجاء فى نيل الأوطار، جـ٥، ص ١٥٤: «لاخلاف فى تحريم العنب لمن يعصره خمرا فى حال القصد وتعمد البيع إلى من يتخذه خمرا».

(١) نظرية الالتزام، أ.د. عبد الناصر العطار، ص ١٤٠، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، أ.د. السنهورى، جـ٤، ص ٥١ ، ٥٣.

وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفس المتعاملين.

وإذا كان التقنين الجديد قد سار فى طريق الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسى ، فان له فى ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التى خطت هى أيضا خطوات واسعة فى هذا الطريق.

ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة فهو على كل حال لم يبلغ فى ذلك مبغ التقنين الألمانى والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولايزال هذا الصدد باقيا فى حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة[1].

والقانون المدنى المصرى فى اتجاهه هذا قد أخذ بالسبب فى النظرية التقليدية «الفرض المباشر» ثم أكمل بما ذهب إليه القضاء من الاعتداد بالباعث عند النظر فى شرط المشروعية وهو ماينطبق تماما على السبب فى التجديد.

ومما سبق يتضح لنا أن التجديد لابد له من سبب بمعنى أنه لابد أن يقصد أطراف العقد ادخال تعديلات جوهرية على الالتزام القائم.

أما إذا قام الطرفان بادخال تعديلات غير جوهرية على الالتزام ووفقا للمادة ٢/٣٥٤ م م والمادة ٣٢٤ م م.

لايستفاد التجديد -إلا اذا اتفق على غير ذلك من مجرد إثبات دين تم انشاؤه من قبل ، كدين الثمن ، فى ورقة تجارية ككمبيالة ، بل تعتبر هذه الكمبيالة سندا بالثمن الذى يظل مضمونا بامتياز البائع.

كذلك لاتستخلص نية التجديد من مجرد تغيير سند الدين أو الاقرار به أو من تغيير زمان الوفاء به بتقديمه أو تأخيره ، أو بتغيير مكان الوفاء به

(١) النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين ذكى، ص ٩٦ ، الوسيط، هامش جـ١، ص ١٧٧ ، نظرية الالتزامات للدكتور احمد حشمت أبو ستيت، ص ٨٠ ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أ.د. احمد شوقى عبد الرحمن، ص ٣٣.

بجعله موطن الدائن بدلا من موطن المدين.

أو بتعديل سعر الفائدة المشترطة فيه أو بتقرير رهن لضمان الوفاء به أو حذف رهن كان مقررا لهذا الغرض[١].

ويقوم سبب التجديد على إبدال التزام قديم بالتزام جديد فالالتزام الجديد لاينشأ إلا بفرض أن يحل محل التزام قديم بما يجعل التجديد سببا لانقضاء الالتزام القائم.

لذا فانه لايمكن تصور وجود الالتزام الجديد إذا كان الالتزام القديم نفسه غير موجود لأن الاتفاق الذى أنشأ الالتزام الجديد سوف يعتبر بالضرورة باطلا لتخلف سببه.

وتنص المادة ١/٣٥٤ على أن: «التجديد لايفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف فاحلال التزام جديد محل التزام سابق لابد من اظهاره فى العقد أو فى القليل لابد أن تكون النية واضحة بحيث لايكون هناك محل للشك فيها لأن الشك يفسر دائما ضد التجديد».

فعقد التجديد لابد وان يقوم على سبب صحيح مشروع ويظهر هذا بوضوح من اتجاه نية الطرفين إلى التجديد صراحة م ١/٣٥٤.

فاحلال التزام جديد محل التزام سابق لابد من إظهاره فى العقد أو فى القليل لابد أن تكون النية واضحة بحيث لايكون هناك مجال للشك فيها لأن الشك يفسر دائما ضد التجديد[٢].

ويؤخذ مما سبق أن التجديد هو السبب الذى أخذ به القانون المدنى المصرى فى المادة ١٣٦ منه فى الاعتداد بسبب الالتزام وسبب العقد وسبب الالتزام هو

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٠٤، ٤٠٥، دار النهضة العربية، ١٩٧٤م.
(٢) أ.د مصطفى الجمال، ص ١٠٨، الوسيط، جـ٣، ص ٨٣٣، ٨٣٤.

الغرض المباشر الذى قصده الملتزم ولابد أن يكون موجود.

هذا ولايهم البحث هنا عن الغرض غير المباشر أما إذا قصد البحث عن هذا الغرض من حيث مشروعيته أم لا فمن الضرورى هنا البحث عن الباعث.

المبحث الثالث

آثار التجـــــديد

يترتب على تجديد الالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد فالتجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام وهو فى نفس الوقت عقد منشئ لالتزامات جديدة والالتزام القديم ينقضى مع ملحقاته وكذلك التأمينات الضامنة له . ولكن يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات التى كانت تضمن الالتزام القديم إلى ضمان الالتزام الجديد.

وأشير فيما يلى إلى أثرين للتجديد:

أحدهما: مسقط ويتمثل فى زوال الالتزام القديم بضماناته.

والثانى: منشئ ويتمثل فى انشاء التزام جديد.

وأتحدث فيما يلى عن هذان الأثران فى فرعين.

الفرع الأول

الأثر المسقط للتجديد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

أجمع الفقهاء على أن آثار العقود من صنع الشارع الحكيم وهو الذى خصص لكل عقد آثارا معينة ، والعقود ما هى إلا طريق موصل لهذه الآثار.

وهذا المبدأ هو مايعرف بمبدأ «جعلية الآثار فى عقود الفقه الإسلامى» فالعقد اسم للسبب الذى أنشأ أثره كالتمليك ، وليس هو المسبب له لأن ذلك يكون بأمر من الشارع الحكيم(١).

وحينما يتم الاتفاق على تجديد الالتزام فإن الأثر المباشر لهذا الاتفاق هو انقضاء الالتزام القديم وينشأ بدلا منه فى ذمة المدين التزاما جديدا.

والتجديد أو الاستبدال يعنى انقضاء عين واحلال أخرى محلها ، من غير اخلال بأصل الالتزام أو حكمه.

ولايشترط لصحة الاستبدال اتحاد البدل والمبدل منه فى الجنس فيجوز أن يحل بدل الأطيان الزراعية دار للسكنى أو بدل الدار أطيان أو سيارة وهكذا(٢).

وعند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يترتب على الاستبدال انقضاء محل الالتزام الأول وهذا هو الأثر المسقط له(٣).

فاذا ماتم التصرف فى الشئ المبيع فى الأوجه التى يجوز فيها ذلك ، أو فى الثمن وهو دين ببيع جديد أو هبة أو اقراض أو عارية أو الوفاء به قبل

---

(١) التعبير عن الارادة فى الفقه الإسلامى، د. وحيد الدين سوار، ص ٥٧٩ ، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٢٠، ط ١٣٩٥هـ ، دار الفكر العربى، القاهرة.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامى ، المجلد الخامس ، ص ١٧٩ وما بعدها.

(٣) المادتين ٢٥١ ، ٢٥٢ من مرشد الحيران.

قبضه عن قرض مدين به أو بيعه لمقترض.

فان التصرف الجديد يترتب عليه أن يصبح التصرف السابق عليه منتهيا لوجود تصرف جديد وقع على نفس المبيع أو الثمن وأزال الالتزام السابق قبل قبضه وأوجد التزاما آخر جديدا.

فالتصرف فى الثمن وهو مازال فى ذمة المشترى من قبل البائع ببيع أو هبة يعتبر تصرفا آخر حل محل التصرف الأول وإحلال البيع أو الهبة محله.

وبذلك يتبين أن التصرف الجديد أدى إلى زوال وإنهاء التصرف الأول وهو الأثر الأول للاستبدال أو للتصرف الواقع على تصرف سابق(١).

وفى الإقالة إذا وقعت على البيع أو السلم أزالت هذا السلم وذاك البيع ووقع تصرف جديد بالإقالة حيث يتم فسخ التصرف الأول وإثبات تصرف جديد يمكن فيه تغيير جنس الثمن الأول أو استبدال جنس المبيع أو جنس السلم قبل قبضهما(٢).

ومثال التأمينات الشخصية التى تنقضى بالتجديد تبعا لانقضاء الالتزام الشخصى الكفالة(٣).

---

(١) منهج الطلاب بهامش فتح الوهاب للانصارى، جـ١، ص ١٧٦ ، بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر لعبد الله بن سليمان المعروف بداماد افندى، جـ٢، ص ٧٩ ، ٨٠ ، دار احياء التراث العربى ، كشاف القناع للبهوتى، جـ٣، ص ٢٤١ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٥٤.

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر، جـ٢، ص ٧١ ، وحاشية الشروانى، جـ٥، ص ٣١ ، كشاف القناع للبهوتى، جـ٣، ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٣) الكفالة فى اللغة تكون بمعنى الضمان «والكفيل الضامن» وجمع الكفيل: كفلاء ... وقد يقال للجمع كفيل كما قيل فى الجمع صديق وكفل المال وبالمال ضمنه ، وكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد.

لسان العرب، جـ١٤، ص ١٠٩، ط ٧-١٣٠هـ ، ترتيب القاموس للطرابلسى، جـ٤، ص ٦١ ، ط١ ١٩٥٩م ، المعجم الوسيط بمجمع اللغة العربية، جـ٢، ص ٧٩٨ ، ٧٩٩، ط ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.

وتعريف الكفالة فى الفقه الإسلامى عند الحنفية هى: «ضم ذمة الكفيل(=)

فمحل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى، وعليه فكل ما يؤدى إلى انقضاء الالتزام الأصلى يؤدى فى نفس الوقت إلى انقضاء الكفالة.

تنص المادة ٦٦٢ من مجلة الأحكام العدلية على أن: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل».

كما يعتبر فى حكم الأداء ، إذا قام المكفول عنه بحوالة ما عليه إلى شخص آخر ، تبرأ ذمة المكفول عنه «المحيل» والكفيل معا وهذا عند جمهور الفقه الإسلامى الحنفية[1] وما عدا زفر والمالكية[2] والشافعية[3]

(=) إلى ذمة الأصيل فى المطالبة مطلقا» شرح الدر المختار، جـ٢، ص ٢٨٩، مطبعة الواعظ ، فتح القدير، جـ٥، ص ٤٠٨، ط١.
وعند المالكية: «الضمان شغل ضمة أخرى بالحق».
مختصر خليل، ص ٢٣٥ ، مطبعة احياء الكتب العربية ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٢٩٦ ، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت.
وعند الشافعية وهى: «تضمين الدين فى ذمة من لادين عليه».
النظم المستغرب فى شرح غريب المهذب بهامش المهذب، جـ١، ص ٣٣٩ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى.
وعند الحنابلة: «الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق فيثبت فى ذمتها جميعا».
المغنى مع الشرح الكبير، جـ٥، ص ٧٠ ، مطبعة المنار، ١٣٤٧هـ.
وعند الظاهرية: يعرفها ابن حزم بأنها: «من كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أى وجه كان حالا أو إلى أجل سواء كان الذى عليه الحق حيا زو ميتا فضمن له ذلك الحق انسان لاشئ عليه للمضمون عنه بطيب تفسه وطيب نفس الذى له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال» المحلى، جـ٨، ص ١١١.

(١) جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين، جـ١، ص ٢٨٨ ، ذ٢ ١٣٠٠هـ: «فيما اذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم من الدراهم وكفله بذلك بكر ، فأحال عمرو زيدا بالمبلغ ... على خالد حوالة شرعية مقبولة من الجميع فهل يبرأ الكفيل «الجواب» نعم قال فى البحر وفى قوله برئ المحيل اشارة إلى براءة كفيله. ويراجع بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٧ ، وفتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٥ ، ٤٤٦.

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٩٢.

(٣) جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى، جـ٤، ص ٤٤٤: «أو برئ اعتياض أو حوالة أو اداء ... برئ الضامن وضامنه وهكذا لسقوط الحق». ويراجع حاشية البيجرمى، جـ٣، ص ١٠٦ ، ومعنى المحتاج، جـ٢، ص ٢٠٨.

والحنابلة[١].

أما زفر من الاحناف فيرى أن الحوالة لاتوجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليها قبلها كالكفالة سواء[٢].

وطبقا لرأى زفر اذا تمت حوالة الدين ، فان ذمة المدين لاتبرأ بالحوالة وبالتالى ما دام لم تبرأ ذمة المدين الأصلى بالحوالة لاتبرأ ذمة الكفيل.

والراجح هو رأى الجمهور الذى يفرق بين الحوالة والكفالة من حيث الأثر.

وفى القانون المدنى المصرى:

يستتبع التجديد انقضاء الالتزام بتوابعة لأن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام معادل للوفاء.

ومن هذه التوابع التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به ، والدعاوى المتصلة به كدعوى الفسخ مثلا[٣].

وهذه التأمينات قد تكون تأمينات عينية أو شخصية ، وعليه فلو كان الدين الذى انقضى مضمونا برهن أو كفالة ، فانها تنقضى أو تسقط لانقضاء الدين ولازم ذلك بطبيعة الحال أنه ليس فى مكنه الدائن بالالتزام الجديد الاستفادة منها[٤] نظرا لوجود التزام جديد له تأمينات خاصة به وحده.

---

(١) جاء فى المغنى على الشرح الكبير، جـ٥، ص ٨٣: «وإن أحال الغريم برئا جميعا لأنه حق واحد فاذا استوفى مرة زال تعلقه».

(٢) جاء فى شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير، جـ٥، ص ٤٤٥: «وقال زفر رحمه الله - لايبرء لأن الحوالة كالكفالة لأن لكل واحد منهما عقد توثيق ، وفى الكفالة لايبرأ فكذا فى الحوالة».

(٣) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤١١ ، ط دار النهضة العربية ١٩٧٤م ، واستئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ مج - ت. م٤٣، ص ١٦٩ و ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مج. ت. م٤٩، ص ٣٩.

(٤) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٩ دار الفكر العربى.

وتنقضى التأمينات التى كانت مقررة للدين القديم سواء كانت مقدمة من المدين نفسه أو من الغير عندما يتم التجديد بين الدائن والمدين الأصلى وهذا هو الأصل العام ولكن يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات التى كانت تضمن الالتزام إلى ضمان الالتزام الجديد.

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٥٦ وهى تقرر:

١- يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد.

٢- ولاينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك وتطبيقا لهذا النص فان التأمينات الضامنة للالتزام القديم كالرهن مثلا لاتنتقل إلى حماية الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين.

ومن الأمثلة على نص القانون أن التأمينات تنتقل فى الحساب الجارى ضمانا لرصيد الحساب بعد قطعه واقراره.

وفيما يتعلق بانتقال التأمينات باتفاق المتعاقدين فيجب التفرقة بين التأمينات العينية المقدمة من المدين كالرهن الرسمى أو الرهن الحيازى، وبين التأمينات الشخصية المقدمة من الغير كالكفالة العينية.

فنقل التأمينات العينية المقدمة من المدين تتم بنفس الطريقة التى يتم بها التجديد نفسه وفى نفس الاتفاق الذى يتم به التجديد فلا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد «م ٢/٣٥٧».

أما التأمينات المقدمة من الغير كالكفالة عينية كانت أو شخصية فإنها لاتنتقل إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون

«م ٣٥٨».

والحكمـة من هذا الحكم واضـحـة وهى أن الأجنبى الذى قـبل أن يكفل التزاما معينا ، ينقضى ضمانه بانقضاء هذا الالتزام ولايصبح ضامنا للالتزام الجديد إلا إذا صدر منه رضاء جديد(١).

وسقوط التأمينات التى كانت مقررة للدين القديم يكون نهائيا بغير عودة بمعنى أنه اذا لم يقم المدين بوفـاء الدين الجـديد لم يكن للدائن أن يرجع على كفلاء الدين الأصلى ولا على الأموال التى كانت ضامنة له.

فاذا اتفق مثلا على استبدال قرض بدين الثمن ، ولم يقم المشترى بدفع الدين ، لم يكن للبـائع طلب فـسخ البـيع ولا التنفـيـذ على المبـيع بماله من حق امتياز وانما يصبح دائنا عاديا(٢).

ومثـال سقوط التأمين العينى التبعى الذى يتقرر ضمـانا لحق شخصى «الرهن» فاذا انقضى الالتزام القديم بالتجديد فان الرهن الذى تقرر ضمانا له ينقضى بالتبعية هو الآخر ولاتكون هناك فائدة من بقاء الرهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.

وتنص المادة ١٠٤٢ مـدنى على أنه: «لاينفـصـل الرهن عن الدين المضمـون بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه».

وكـذلك المادة ١٠٨٢ مدنى تبين أن الطريق الطبيـعى لانقضـاء الرهن هو انقضاء الدين المضمون بالتجديد.

ويشـترط لانقضـاء الرهن تبعـا لانقضـاء الدين المضمـون أن يكون انقضـاء هذا الدين صـحيحـا ، فـاذا أبطل هذا الانقضـاء وعـاد الدين بأثر رجعى فـان حق

---

(١) أحكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣١ ، ٥٣٢، ط ١٩٨٨ / ١٩٨٩م.

(٢) النظرية العامة للالتزامات، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٤.

الرهن الضامن يعود كذلك ، أي يعتبر الرهن لم ينقضي . ونصت على ذلك المادة ١٠٨٢ مدني[١].

ويشترط لانقضاء الرهن انقضاء الدين المضمون بالرهن كله ، أما إذا انقضى جزء من هذا الدين وبقى الجزء الآخر فان حق الرهن يبقى قائما ضمانا للجزء الباقى تطبيقا لقاعدة «عدم تجزئة الرهن».

ونصت المادة ١٠٤١ مدنى على ذلك بقولها: «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، مالم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك».

ويترتب على التجديد أيضا فى القانون المدنى المصرى أن تنقضى الكفالة[٢] كتأمين شخصى بصفة تبعية ، وقد نصت على ذلك المادة ٧٨٣ بقولها: «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ ويستثنى من ذلك إذا نص القانون على انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك م ٢/٣٥٦ م م .

والإنابة فى الوفاء إذا كانت كاملة فهى تتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المدين لذلك يترتب عليها فى هذه الحالة براءة ذمة الكفيل إلا إذا رضى أن يكفل المدين الجديد.

وقد نصت المادة ٣٥٨ ـ على أنه: «لاتنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء المدينون المتضامنون».

---

(١) شرح التأمينات العينية ، المستشار عبد الوهاب البندارى، ص ١٦٦ ، ١٦٧.

(٢) عرفت المادة ٧٧٢ من القانون المدنى المصرى الكفالة بأنها: «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه».

وبناء علي ذلك:

فاذا كان الالتزام الأول موثقا بكفالة وانقضى هذا العقد بالتجديد بموجب عقد آخر فإن الكفالة تسقط ويبرأ الكفيل من التزامه فى كفالة الدين الأول إلا إذا نص العقد الجديد على بقاء الكفالة ورضى الكفيل بذلك.

ومعنى اشتراط رضاء الكفيل حتى يضمن الالتزام الجديد ، لابد من كفالة جديدة ، يشترط فيها نفس الشروط العامة للكفالة[1].

والكفيل:

وهو ملتزم بالتزام تابع له أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما كان مقررا للمدين أن يتمسك به.

فكل ما يؤثر فى الالتزام الأصلى من حيث صحته أو انقضائه يؤثر فى التزام الكفيل.

وتنص المادة ٧٨٢ مدنى على هذا الحكم بقولها: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين . وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين».

وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين أما المدين المتضامن مع غيره من المدينين فليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين بل يقتصر حقه على الاحتجاج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا «م ٧٩٤ ، ٢٨٥ مدنى مصرى».

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية، أ.د. عبد الفتاح عبد الباقى، ف ١٥، ص ٧٣٢، ١٩٥٤م ، عقد الكفالة، أ.د. منصور مصطفى منصور، ص ٦٩ ، ٧١ ط ١٩٦٠ المطبعة العالمية ، الكفالة، أ.د. عبد الخالق حسن احمد، ص ٢٤٥ ، وما بعدها ، ط دار الهدى للطباعة ١٤٠٦ / ١٩٨٦م ، التأمينات الشخصية والعينية، أ.د. محمد كامل مرسى، ف ١٣٩ ، ص ١٦١، الطبعة الثالثة.

(٢) المراجع السابقة.

وإذا كان العقد المنشئ للالتزام الأصلى باطلا بطلانا مطلقا فللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان العقد . وكذلك للكفيل أن يتمسك بإبطال العقد القابل للإبطال.

حكم انتقال التأمينات «العينية والشخصية» فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الفقه الإسلامى يقر مبدأ انتقال التأمينات العينية التى يقدمها المدين عند تجديد الدين.

ونفرق هنا بين ما إذا كانت هذه التأمينات مقدمة من المدين أو من غيره والتأمينات التى تقدم من المدين لضمان الالتزام وتقويته لاتكون إلا عينية كالرهن.

أما التأمينات التى تقدم من الغير «الأجنبى» قد تكون عينية كالرهن وقد تكون شخصية كالكفالة.

وهذه التأمينات لايتم الاتفاق بين الدائن والمدين على انتقالها إلى الالتزام الجديد إلا بموافقة ذلك الشخص الأجنبى على هذا الانتقال وبنفس مرتبتها الأصلية.

اولا: انتقال التأمينات المقدمة من المدين:

إذا كان الالتزام القديم موثقا برهن فيجوز الاتفاق من جديد بين الدائن والمدين على بقاء هذا الرهن محبوسا من أجل الوفاء بالدين الجديد على أن يكون هذا الاتفاق معاصر للاتفاق على التجديد[١].

ويبقى الرهن ضامنا لأداء الدين فى حالة موت «المدين» الراهن أو

---

(١) مواهب الجليل للحطاب، جـ٥، ص ٢ ، حاشية الشرقاوى، جـ٢، ص ١٢٣ ، الروض المربع، جـ٢، ص ١٥٩.

«الدائن» المرتهن ويحل الوارص محل المدين أو الدائن ، فإذا مات الراهن باع وصية بالرهن بإذن المرتهن وقضى منه الدين وإذا مات المرتهن وحل وارثه مكانه فإنه يقوم بحبس الرهن إلى حين استيفاء الدين(١).

ولاينفك شئ من الرهن إلا بفراغ الذمة من الدين بأداء أو إبراء أو حوالة به.

ولو اعتاض عن الدين عينا انفك الرهن فان تلف أو تقابلا فى المعاوضة قبل قبضها عاد المرهون رهنا(٢).

وفى الاقالة:

اذا تمت وهى تعتبر فسخ قبل القبض للبدلين فى المعاوضة فمعلوم انه يجوز استبدال أحد البدلين بجنس آخر فان الرهن ينتقل إلى هذا البدل.

وإذا كان النموذج الظاهر للتأمينات العينية فى الفقه الإسلامى هو عقد الرهن فان هذا العقد فى الفقه الإسلامى يتوقف على أمور خمسة أهمها: الراهن- المرتهن - المرهون - المرهون به - الصيغعة.

وعقد الرهن كتأمين شخصى ينشأ باتفاق بين الدائن والمدين ويقع بحبس شئ من أملاك المدين أو غيره من أجل حق فى ذمته لكى يمكن استيفاء هذا الحق من الشئ المرهون.

والرهن يطلق فى اللغة على معان منها الثبوت والدوام - يقول العرب رهن الشئ اذا ثبت والنعمة الراهنة هى الثابتة الدائمة ، ومنها الاحتباس قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾(٣) أى محتبسة.

(١) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ٦٠١ ، والمعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم ، ص ١٨٥.
(٢) حاشية الشرقاوى على التحرير، جـ٢، ص ١٢٨.
(٣) سورة المدثر الآية: ٣٨ ، المصابح المنير، جـ٢، ص ٢٤٢ ، الصحاح للجزهرى، جـ٥، ص ٢١٢٩ ، مادة رهن لسان العرب، جـ٣، ص ١٧٥٧ ، تاج العروس، جـ٩، ص ٢٢١ ، ٢٢٢، الجامع لاحكام القرآن للقرطبى، جـ٢، ص ١٢١٧.

والرهن فى الاصطلاح الفقهى: فقد تفارقت العبارات فى تعريفة لاختلاف الفقهاء فى بعض الفروع ولكن المعنى عندهم واحد.

واذكر تعريف واحد من باب الاختصار ، قال الشيخ زكريا الانصارى فى تعريفه: «جعل عين متموله وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء»(١).

ويشترط فى الراهن والمرتهن أن يكون عاقلا مميزا ، بالغاء ، غير محجور عليه ، والا يكون مكرها أو سكرانا ، وأن تكون هناك حاجة تدعو إلى الرهن على اختلاف بين الفقهاء فى هذه الشروط(٢).

ويشترط فى المرهون(٣):

١- أن يكون مما يصح بيعه ، بمعنى أن يكون مالا متقوما موجودا لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إن تعذر استيفاؤه من الرهن وهذا يتحقق فى كل ما يصح بيعه.

وعلى هذا يشترط فى المرهون أن يكون طاهرا فلا يصح رهن النجس وكذلك المتنجس الذى لايمكن تطهيره ، وأن يكون منتفعا به شرعا وأن يكون معلوما معينا ، وأن يكون مقدورا على تسليمه إلى غير ذلك من الشروط.

(١) شرح التحرير، جـ٢، ص ١٣٧ ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، شيخ الاسلام أبى حيى زكريا الانصارى، جـ١، ص ١٩٣ ، وحاشية ابن عابدين مع الدر المختار، جـ٦، ص ٤٧٧ ، والهداية، جـ٣، ص ١٢٦ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٣١ ، والمغنى، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٢٦ ، تحقيق كتاب الرهن من الشامل للامام ابن الصباغ رسالة الماجستير للباحث - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ص ٥٧ وما بعدها وبحوث مقارنة فى فقه المعاملات لاستاذنا الدكتور/ على أحمد مرعى ، الدكتور/ عادل محمد المرزوقى، ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٣١ ، وبدائع الصنائع، جـ٨، ص ٣٧١٥ ، المجموع للنووى، جـ٩، ص ١٦٤ ، والمغنى، جـ٤، ص ٢٤٦ ، ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر، جـ٢، ص ٥٨٤ وما بعدها.

(٣) روضة الطالبين، جـ٤، ص ٤٠ وما بعدها ، وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٢٣١ وما بعدها ، والمغنى، جـ٤، ص ٢٦٢ ، ونهاية المحتاج، جـ٣، ص ٢٥٦ ، ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى، ص ٥٤ ، وفقه المعاملات لاستاذنا الدكتور على احمد مرعى، ص ١٠٧.

٢- أن يكون عينا فلا يصح رهن المنفعة لانها تهلك شيئا فشيئا وهذا ينافس مقصود الرهن.

٣- صلاحية المرهون لثبوت يد المرتهن عليه ، ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الحق إذا كان دينا ثابتا لازما يمكن استيفاؤه من المرهون صح الرهن به وكذلك إن كان مما لايمكن استيفاؤه من المرهون شرعا فلا خلاف فى أنه لايصح الرهن به كالقصاص وما فى معناه(١).

ومن التطبيقات فى ذلك ، أنه يصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف قبل الافتراق فى مجلس العقد وهذا هو الاستبدال المعروف.

وأيضا يجوز الرهن بالمسلم فيه لأنه رهن ببد له ، ويكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به.

ووجه الاستحسان أنه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بين المسلم والمسلم اليه وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ.

ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لأن المرهون بد له ويقوم مقامه إذ الرهن بالشئ يكون رها ببد له(٢).

ثانيا: الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من الغير:

الغير هو كل شخص أجنبى عن العلاقة التعاقدية التى تكون بين الدائن والمدين يقدم الضمانات إلى الدائن لكى يقدم على التعاقد مع المدين.

ويترتب على ذلك: أنه إذا لم يقم المدين بوفاء التزاماته قبل الدائن أمكن له أن يحصل على حقه من الضمانات التى قدمها الغير.

---

(١) مجمع الأنهر ملتقى الابحر، جـ٢، ص ٥٨٤ وما بعدها ، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، جـ٥، ص ٢ ، ط ١٩٧٨ دار الفكر ، فتح الوهاب، جـ١، ص ١٩٢ ، الروض المربع، جـ٢، ص ١٥٩.

(٢) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ٥٩٥.

انتقال التأمينات الشخصية:

الكفالة تأمين - يتقدم به أحد الأغيار عن الدين الأصلى، وذلك بضم ذمته إلى ذمة المدين فى التزام الحق أو المطالبة به.

والكفالة تبرع محض من شخص أجنبى لضمان أداء المدين بالتزامه إلى الدائن(١).

وإذا تم الاتفاق بين الدائن والمدين على استبدال الالتزام الأصلى بالتزام جديد.

فانه يتم انتقال الكفالة إلى الالتزام الجديد للمدين ، وهذا يتوقف على رضا الكفيل الذى تقدم لضمان أداء الالتزام لانه قد يقضى الدين متبرعا به.

ويجوز ان يتم الاتفاق على هذا الانتقال إلى الالتزام الجديد بعد اتمام الاتفاق على التجديد بين الدائن والمدين لان الاتفاق على انتقال التزام الغير يكون من قبيل الاتفاق الخاص ويجوز أن يتم هذا الاتفاق متراخيا عن الاتفاق على التجديد لأنه اتفاق يلزم فيه توفر رضا هذا الأجنبى عن علاقة المديونية الأصلية رضاء خاليا من عيوب الإرادة(٢).

---

(١) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٢٣ ، التاج والاكليل بهامش المواهب، جـ٥ ، ص ٩٦ ، المغنى، جـ٥، ص ٧٠.

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام، جـ٦، ص ٣٠٥ ، دار احياء التراث العربى ، روضة الطالبين للنووى، جـ٤، ص ٢٦٧ ، مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى للشيخ احمد القارى م ١٢٠٤ ط ١١ ، ١٩٨١ ، مطبوعات تهامه بالسعودية . مدونة الامام مالك، جـ٥، ص ٢٦٧ دار صادر بيروت ، مرشد الحيوان، ص ٦١.

حكم انتقال التأمينات العينية
فى القانون المدنى المصرى

نفرق هنا بين ماذا كانت مقدمة من المدين أو من غيره.

اولا: الاتفاق علي نقل التأمينات المقدمة من الغير:

إذا كانت التأمينات الضامنه للالتزام القديم مقدمة من الغير فلاتنتقل إلى الالتزام الجديد إلا برضاء الغير بذلك . وبشرط إلا يضر ذلك بحقوق الغير ولايكفى أن يتفق الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد على أن يقوم هذا الغير بكفالة الالتزام الجديد أيضا بعد أن كان يكفل الالتزام القديم بل لابد من رضاء الكفيل بهذا الانتقال وبنفس مرتبته لأنه فى كفالته هذه التى تقدم بها كانت من أجل التزام بعينه هو الالتزام القديم.

ومن أجل أن يكفل التزاما غيره ولو كان أقل قيمة فلا بد من رضائه بذلك من جديد(١).

وهذه التأمينات هى الكفالة ، عينية كانت أم شخصية ، والتضامن ، ويتعين لانتقالها . رضا الكفيل أو المدين المتضامن.

وإذا كان الالتزام القديم التزاما تضامنيا بين مدينين وجدد الدائن الدين مع أحدهم فان الأثر بين المسقط والمنشئ يسرى على ذلك المدين الذى قبل التجديد ، أما الآخرين فيسرى عليهم الأثر المسقط فقط.

ولايلتزمون بالدين الجديد إلا إذا رضوا بذلك وعندئذ يسرى فى مواجهتهم الأثر المنشئ ، ويعتبر هذا بالنسبة للدائن والمدين نقلا للتضامن من الدين القديم إلى الدين الجديد(٢).

---

(١) النظرية العامة للالتزام، د. انور سلطان، ص ٤١٨ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٢١ ، د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٣٢.

وفى حالة رفضهم ذلك فان ذمتهم تبرأ من الدين القديم ولايلتزمون بالدين الجديد ، أما إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم فإنهم يظلون ملتزمين بالدين القديم بعد خصم حصة المدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد وبذلك لايسرى عليهم الأثر المسقط ولا الأثر المنشئ «م ٢٨٦ م»[١].

وفى حالة جواز الاتفاق على نقل التأمينات الشخصية بعد إجراء التجديد فانه يجب فى حالة رضاء الكفيل العينى بنقل التأمين إلى الدين الجديد أن يكون هذا الرضا ثابت التاريخ رسميا حتى يكون حجة فى مواجهة الغير الذى له مرتبة تالية وهو الدائن المرتهن[٢].

الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من المدين:

نفرق هنا بين احتمالات ثلاثة:

أ- أن يكون التجديد بتغيير الدين وفيه تنتقل التأمينات إلى الدين الجديد شريطة ألا يؤثر ذلك على حقوق الغير ، ويتأتى تأثر الغير فى حقوقه لو اتفق الدائن والمدين على انتقال التأمين العينى لضمان الدين الجديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القديم.

إذ الاتفاق بخصوص امتداد الضمان إلى القدر الزائد من الدين الجديد لاينفذ فى مواجهة الغير حتى لايضار ، والغير هو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحق عينى على التأمين المقدم ضمانا للدين القديم متى كان تاليا له فى المرتبة.

فاذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم، فان التأمين لايضمن من الدين الجديد إلا فى حدود مقدار الدين القديم وذلك حماية لدائن آخر له تأمين عينى تال فى المرتبة على نفس العقار الذى يرد عليه تأمين الدائن الذى اتفق

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ٨٥٣ ، ٨٥٤ ، د. توفيق حسن فرج، جـ٣، ص ٢٣٢.
(٢) فتحى عبد الرحيم عبد الله، ص ٣٧٨.

على التجديد مع المدين.

مثال ذلك: إذا كان الدين القديم قدره ٤٠٠ جنيه وكان مضمونا برهن على عقار للمدين قيمته ٦٠٠ جنيه وكان هذا العقار مثقلا برهن تال فى المرتبة لدائن آخر لضمان دين قدره ٢٠٠ جنيه ثم جدد الدين الأول وكان مقدار الدين الجديد ٣٠٠ جنيه.

وتم الاتفاق على نقل الرهن الأول لضمان هذا الدين الجديد ، فان هذا الرهن لايضمنه إلا بقدر ٤٠٠ فقط ، حتى لايضار الغير وهو الدائن المرتهن الثانى فيما لو ضمن الرهن كل الدين الجديد(١).

ب- إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات العينية المقدمة من المدين القديم لضمان الدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم بذلك وفى هذه الحالة يصبح المدين القديم بمثابة كفيل عينى بالنسبة إلى الدين الجديد م ٣٥٧/ب.

فلا يبرأ المدين القديم من الدين كلية بل يظل ملتزما بمقتضى الرهن الواقع على عقاره كفيلا عينيا للمدين الجديد(٢).

جـ- إذا كان التجديد بتغيير الدائن فلا تنتقل التأمينات العينية إلى الدين الجديد إلا باتفاق المدين والدائن القديم والدائن الجديد لأن التجديد لايتم فى هذا الفرض إلا باتفاق ثلاثتهم عليه م ٣٥٧/ج(٣).

---

(١) النظرية العامة للالتزم، أ.د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤١٨ ، ط ١٩٦٣ ، دار المعارف بمصر ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٥٩ ، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٢٠ ، أحكام الالتزام، أ.د. عبد الناصر العطار، ص ١٠١ ط ١٩٧٣م ، أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٠ط دار الفكر العربي.

(٢) نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، أ.د. احمد حشمت ابو ستيت، ص ٦١٦، ط ١٩٤٥.

(٣) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤١٩ دار المعارف - مصر ، أحكام الالتزام، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ٣٧٧.

ويلاحظ أن الاتفاق على انتقال التأمينات العينية إلى الدين الجديد لاينفذ فى حق الغير إلا إذا كان هذا الاتفاق معاصرا للاتفاق على التجديد «مع مراعاة أحكام التجديد».

ويسرى هذا الشرط سواء كانت هذه التأمينات مقدمة من المدين أو من سواه.

ذلك أنه لو تم الاتفاق على التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات فان الدين القديم ينقضى ومعه تأميناته ، فلا يمكن بعثها هى نفسها من جديد[١]. ويستفيد منها الغير فى هذه الحالة «والغير» هنا هو دائن له تأمين عينى متأخر فى المرتبة عن الدائن الأصلى، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد هذا «الغير» المتأخر فى تأمينه.

وبالتالى لايجوز أن يصاب بضرر عند الاتفاق الذى يعقب التجديد بنقل التأمين المتقدم الذى كان قد زال بالتجديد إلى الالتزام الجديد.

لذلك كان اشتراط القانون نقل هذه التأمينات العينية إلى الالتزام الجديد مع التجديد فى وقت واحد[٢].

ويتضح مما سبق أن هناك فرقا بين الاتفاق على نقل التأمينات العينية المقدمة من المدين حيث يشترط أن تتم مع التجديد فى وقت واحد مراعاة لحقوق الدائنين المرتهنين التالية فى المرتبة ، وبين الاتفاق على نقل التأمينات الشخصية المقدمة من الغير حيث يجوز أن يصدر رضاء هذا الغير فى وقت لاحق على التجديد.

---

(١) وانما يجوز الاتفاق على تقرير تأمينات جديدة تكون مرتبتها من يوم شهرها ولابد أن يكون تاريخ الاتفاق ثابتا رسميا حتى يحتج به على الغير . وفضلا عن ذلك فانه يجب التأشير فى هامش القيد الأصلى بالاتفاق على انتقال التأمين اذ هو ينقل بمرتبته الاصلية لضمان الالتزام الجديد.

(٢) الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٠.

والكفالة العينية: «الشخصية يكون تقديمها من الغير دائما وهو الأجنبى عن عقد التجديد ، وهذا المبدأ مقرر من قبل الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى فهما متفقان من حيث جواز انتقال التأمينات المقدمة من الغير لضمان وفاء المدين بالالتزام الجديد كما كانت تضمن الالتزام الأصلى ولأن هذه التأمينات قد تقدم بها الغير متبرعا فجاز الاتفاق على نقلها ولكن يشترط فى هذا الاتفاق أن يثبت رضاء هذا الغير على النقل واتجاه قصده إلى كفالة الالتزام الجديد ولو صدر هذا الرضاء فى وقت لاحق على عقد التجديد.

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الرهن كعقد توثيق وتأمين للدين فى الفقه الإسلامى وكتأمين عينى تبعى فى القانون المدنى المصرى.

ينقضى بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلى بأى سبب من أسباب الانقضاء وينقضى الرهن بصفة أصلية بابراء الدائن للمدين منه أو بهلاكه[(١)].

والتجديد كسبب من أسباب انقضاء الالتزام يؤدى بالإضافة إلى انقضاء الالتزام القديم فان الرهن الذى نشأ ضمانا للالتزام القديم ينقضى تبعا له وبذلك يسقط حق الدائن فى حبس الرهن الذى كان يضمن الدين القديم.

وهذا الأثر يتفق فيه الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى ، وكذلك إذا كان هناك تأمينات شخصية ككفالة أو تضامن مع المدين ، فان هذه التأمينات تكون تابعة له فى وجوده وانقضائه لأن التابع ينقضى بانقضاء متبوعه ولا يبقى بغير الأصيل.

والكفالة فى القانون المدنى المصرى م ٢٧٢: «عقد بمقتضاه يكفل شخص

---

(١) المعاملات الشرعية، الاستاذ احمد ابو الفتح، جـ١، ص ١٣٥ ط ١٣٣٢هـ - ١٩١٣م.

تنفيـذ التـزام بأن يتـعـهـد للدائن بأن يفى بهـذا الالتـزام اذا لم يف به المدين نفسـه».

وليس من شك فى أن تعهـد الكفـيل بالوفاء بالتـزام المدين يجعل ذمتـه مشغولة قانونا بهذا الالتزام وليس إلا الدين وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء.

وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور فى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين[1].

ويلاحظ هنا أنه إذا كـان من شأن التـجديد انقضاء الالتزام القـديم وما يتبعه من تأمينات عينية قدمها المدين لضمان الوفاء به ، إلا أن المشرع المصرى أجاد فى المادة ٣٥٧ مدنى الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد وهذا يؤكد التقارب القوى بين تجديد الالتزام فى القانون المدنى المصرى والحوالة فى الفقه الإسلامى . لأن الحوالة هى اتفاق بين طرفين على تجديد الدين وانتقاله إلى الطرف الجديد فى العلاقة بكل تأميناته.

---

(١) شرح الدر المختار ، للحصفكى، جـ٢، ص ٢٨٩ مطبعة الواعظ ، رد المحتار على الدر المختار، جـ٤، ص ٣٤٦ ، الهداية شرح بداية المبتدئ لأبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المرغينانى، جـ٣، ص ٨٧ مطبعة مصطفى الحلبى، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م.

الفــرع الثانى

الاثر المنشئ للتجديد فى الفقه الإسلامى والقــانون المــدنى المصــرى

يترتب على اتفاق ذوى الشأن على التجديد بتوافر ما عرضنا من مقومات هى لازمة لذلك وباتباع الأحكام المقررة فى هذا الشأن نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذى انقضى.

ويلاحظ أن انقضاء الالتزام القديم يرتبط به نشوء الالتزام الجديد وهذا مقتضى التجديد وجوهره إذ لاينشأ الالتزام الجديد إلا بانقضاء الالتزام القديم وانقضاء القديم يستوجب نشوء التزام جديد فى ذمة المدين يجب الوفاء به طالما أن التراضى قد وقع صحيحا بذلك.

والالتزام الجديد له مقوماته الذاتية ، يعنى أن له صفاته ودفوعه وتأميناته، فتأمينات الدين القديم تنقضى معه أصلا إلا اذا اتفق على انتقالها إلى الدين الجديد ، والتجديد اتفاق ومن ثم ترتب على ذلك أن الالتزام الجديد يكون دائما التزاما عقديا فى حين أن الالتزام القديم قد يكون مصدره فى العقد أو غير العقد من مصادر الالتزام الأخرى.

وهذا الالتزام الجديد يبقى قائما وثابتا فى ذمة المدين حتى يتم الوفاء به فمحل العقد الجديد - دين جديد نشأ فى ذمة المدين لمصلحة الدائن(١).

وعقد المداينة فى الفقه الإسلامى من عقود المعاوضات يلتزم فيه المدين برد ما أخذ.

ويجب على المدين الوفاء بالدين عند حلول أجل السداد والدائن يملك أن يمنح المدين أجل آخر لسداد الدين وهو ما يعرف بنظره الميسرة فى الفقه الإسلامى

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى، ص ١٨٠ ، م ٣٥١ من مرشد الحيران لمحد قدرى باشا، ط ٢ سنة ١٣٣٠هـ.

والأجل القضائى فى القانون المدنى المصرى.

قال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾[(١)].

وايضا يملك الدائن اسقاط حقه والتنازل عنه وهو ما يعرف بالإبراء ، والإبراء تبرع يتم بإرادة الدائن المنفردة.

ويترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين وتأميناته سواء كانت تأمينات عينية أو شخصية[(٢)].

وكذلك يجوز استبدال الدين ، بجنس يختلف عن جنس الدين وبناء على ذلك ينشأ دين جديد فى ذمة المدين.

وتجديد الدين عبارة عن تراض المتعاقدين على فسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين واستبداله بعقد آخر يترتب عليه الالتزام بالدين من جديد ، وبذلك يسقط الدين الأول ويتجدد بد له بالعقد الثانى.

وتجديد الدين يكون بالتراضى بين المتعاقدين وبتغيير السبب الأصلى بسبب آخر كأن يكون فى الأصل ثمن مبيع معين ثم ينفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر.

ولتجديد الدين تطبيقات عديدة ومتنوعة ، وقد يكون تجديد الدين فى محله أو مصدر انشائه.

(١) سورة البقرة الآية: ٢٨٠.

(٢) جاء فى بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١١: «واذا أبرأ الأحيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل ، انما عليه حق المطالبة فكان براءة الأصيل اسقاط الدين عن ذمته ، فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولادين محال» وانظر الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢١٤ ، وشرح الدر المختار، جـ٢، ص ١١١ ، ومغنى المحتاج، جـ٢، ص ٢٠٨ ، وجواهر الاكليل، جـ٢، ص ١١١ ، والمادة ٦٦٢ من مجلة الأحكام العدلية شرح سليم رستم، ص ٣٦٥ ، و م ١٩٥ من مرشد الحيران، م ٩١ ، ٣٧١ مدنى مصرى.

فمثلا فى عقد السلم يجوز الاستبدال برأس المال بعد الإقالة أو بعد الانفساخ وسواء كان رأس المال عينا أم دينا أى من النقود ، لأن رأس المال بعد الاحالة يصير دينا فى ذمة المسلم إليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين - كما تجوز الحوالة برأس مال السلم والكفالة به والرهن وكذا بالمسلم فيه ايضا.

وفى عقد الجعالة:

يجوز للجاعل أن يزيد أو ينقص من الجعل وذلك لأن التعديل بالزيادة أو النقص فسخ للاعلان السابق والفسخ من الجاعل يقتضى الرجوع إلى اجرة المثل وذلك يعتبر تجديدا للالتزام الأول بفسخ الإعلان الأول وإثبات الاعلان الثانى والتزام ماجعل أجرة فى الجعالة[١].

وبذلك يترتب على التجديد فى الفقه الإسلامى أثر منشئ ويكون للالتزام الجديد ضمانات تختلف عن الالتزام القديم سواء أكانت ضمانات عينية أو شخصية[٢].

ويجب على التقنين المدنى المصرى أن يحذو حذو القانون الكويتى حيث ينتقل الحق فى حوالة الحق بما يلازمه من صفات وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات م ٣٦٨ مدنى كويتى.

وهذه المادة تختلف فى حكمها عن حكم المادة ٣٠٧ مدنى مصرى حيث تقضى بأن الحق ينتقل فى الحوالة بما حل من فوائد وأقساط.

والاختلاف الجوهرى بين النصين يتمثل فى جانب منه فى أن النص الكويتى قد استبعد شمول الحوالة لما اسماه النص المصرى «فوائد» وذلك جريا

---

(١) وهبة الزحيلى، ص ٦٢٠ وما بعدها ، ص ٧٩٠ ، المهذب للشيرازى، جـ١، ص ٢٦٢ ، الشرح الكبير للدردير، جـ٣، ص ٦٣.

(٢) كشاف القناع للبهوتى، جـ٤، ص ٣٣٧.

على أحكام الشريعة الإسلامية فى تحريم الفوائد الربوية ، هذه الأحكام التى يعد النص المصرى مخالفا لها بكل تأكيد[١].

وفى القانون المدنى المصرى

يترتب على اتفاق ذوى الشأن على التجديد عند توافر مقوماته نشوء دين جديد له خصائصه الذاتية.

«صفاته - دفوعه - تأميناته».

فقد تكون مدة تقادم الدين الجديد أطول أو أقصر من مدة تقادم الدين القديم.

وقد يختلف سعر الفائدة التى يغلها الالتزام الجديد عن تلك التى كان يغلها الالتزام القديم.

والالتزام القديم قد يكون مكفولا بتأمينات عينية أو شخصية فتزول هذه التأمينات بالتجديد مع زوال الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد عاريا عن التأمينات إلا اذا قدم المدين أو غيره ضمانات له مستقلة عن ضمانات الالتزام القديم أو إذا تم الاتفاق على نقل الضمانات القديمة إلى الالتزام الجديد.

فتأمينات الالتزام القديم لاتنتقل من تلقاء نفسها إلى الالتزام الجديد بل لابد من الاتفاق على ذلك[٢].

وقد أجاز التقنين المدنى اتفاق ذوى الشأن على بقاء التأمينات لتضمن الدين الجديد «م ٣٥٧ م م» للتخفيف من عيوب نظام التجديد.

وبديهى أنه يشترط منعا للتواطؤ وحماية للغير أن يكون تاريخ الاتفاق

---

(١) أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ١٧ دار الفكر ، د. طلبة وهبة خطاب.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٥٣.

على التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتا ، كما أنه يتعين التأشير فى هامش قيد التأمين العقارى بالاتفاق على نقله وفقا لقواعد الشهر العقارى. «م ٣٥٧/ ٢ مدنى» » ويجب مراعاة تجديد القيد والتأشير بالهامش كل عشر سنوات.

حيث تنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه: «يسقط القيد اذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ اجرائه على أن للدين أن يجرى قيدا جديدا إن امكن ذلك قانونا ، تكون مرتبته من وقت إجرائه وكل تجديد لايكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه.

والغرض من القيد هو إعلام «الغير» بوجود الرهن وبقائه ضامنا للالتزام الجديد وبذلك يكون نافذا فى مواجهة «الغير» لانه اذا لم يتم التأشير فلا يمكن الاحتجاج على «الغير» بالاثار التى استلزم المشرع التأشير على هامش القيد من اجلها[(١)].

ويجب ملاحظة أن الاتفاق على انتقال هذه التأمينات قاصر على الضمانات الناشئة عن اتفاق ارادى كالرهن الرسمى والرهن الحيازى وعقد «الرهن فى الفقه الإسلامى» «مع مراعاة أن الفقه الإسلامى لايعرف الرهن الرسمى».

أما حقوق الامتياز والاختصاص فمذهب الفقه المصرى عدم انتقالها إلى الالتزام الجديد لتقويته لانه يتم تقريرها ابتداء بموجب القانون أو بموجب حكم قضائى وهى تختلف فى طبيعتها عن تلك الحقوق الاتفاقية.

فحق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين بارادته بل رتبه القاضى على عقار للمدين بموجب حكم واجب التنفيذ والقانون عندما أباح استثناء الاتفاق على

(١) أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٧٨ ، أ.د. اسماعيل غانم، جـ٢، ص ٤٠٩ ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٥٩ ، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ٢، ص ٣١٩ ، ٣٢٠ ، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٤٢١.

نقل التأمينات العينية التى قدمها الدين فانه لايجوز القياس على هذا الاستثناء وتبقى حقوق الامتياز والاختصاص على الأصل فتزول وتسقط بالتجديد ولايجوز الاتفاق على نقلها إلى الالتزام الجديد[1].

ويلاحظ أن انقضاء الالتزام القديم لايرتبط به نشوء الالتزام الجديد إلا بانقضاء الالتزام القديم وانقضاء القديم يستوجب نشوء الجديد ، فاذا لم ينشأ هذا الالتزام أو انشأ باطلا فلا ينقضى الالتزام الأصلي والعبرة هى بنشوء الالتزام الجديد لابتنفيذه ، فاذا نشأ هذا الالتزام انقضى الالتزام الأصلى ، ولو لم يتم تنفيذ الالتزام الجديد بعد.

كما يلاحظ أن الالتزام الجديد يكون دائما التزاما تعاقديا ، مصدره عقد التجديد فى حين أن الالتزام القديم قد يكون مصدره غير العقد «كالفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون»[2].

فالتجديد ينشئ التزاما جديدا يتميز بمقومات ودفوع وصفات وتأمينات غير التى كانت للالتزام القديم.

ويترتب على الأثر المنشئ للتجديد - على الخصوص حيث يكون التجديد بتغيير الدائن - أن المدين لايستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن الأصلي.

ولايرد على هذا المبدأ قيد إلا حيث يكون الدين الأصلى مشوبا بسبب من أسباب البطلان.

فاذا كان الالتزام القديم ناشئا من عقد باطل فانه يكون باطلا كذلك وللمدين أن يدفع بهذا البطلان ، فاذا كان العقد الناشئ منه الالتزام الأصلى قابلا للابطال كان للمدين طلب الابطال فيسقط التجديد بعد الحكم بابطال العقد

(١) الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٣١٧.

(٢) السنهورى، جـ٣، ص ٨٤٣ ، رقم ٥٨ ، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٣ ، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٤.

الأصلى ، إلا إذا تبين أن المدين كان قد قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد والنزول عن حقه فى الابطال «م ٣٥٣م»[١].

ويتضح لنا مما تقدم أن نظام التجديد لايحقق فائدة عملية تذكر ، فمن ناحية يفقد الدائن فيه مزية التأمينات التى كانت ضامنة للالتزام الأصلى ، ومن ناحية أخرى يفقد المدين حق التمسك بالدفوع التى كانت له فى القديم.

ومن هاتين الناحيتين تفضله الحوالة: حوالة الحق وحوالة الدين.

وللتحفيف من نقائض نظام التجديد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدنى على استثناء يرد على انقضاء هذه التأمينات بالتجديد ، ومضمون هذا الاستثناء هو جواز بقاء التأمينات وانتقالها إلى الالتزام الجديد بنص فى القانون أو يتبين من اتفاق الطرفين أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك.

ولقد أورد المشرع استثناء آخر وهو بقاء التأمين العينى الخاص فى حالة تجديد الالتزام فى الحساب الجارى اذا ما تم اقراره م ٣٥٥ / ٢: «على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فان هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك»[٢].

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

لاخلاف بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى فى المادة ٣٥٦ منه فى انه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلى الذى التزم به المدين[٣].

وينشأ بدلا منه التزام جديد ويجب أن يكون الالتزام الجديد صحيحا فى

(١) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٨٤ ، ٤١٩ ، أ.د. عبد الحى حجازى، جـ٢، ص ٣١٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٥.

(٣) الوسيط، للدكتور السنهورى، جـ١٠، ص ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ط ١٩٧٠ دار النهضة العربية.

نشأته غير معرض للفساد أو البطلان حتى ينتج هذا الأثر.

ويجب كذلك أن ينشأ الالتزام الجديد من أجل زوال الالتزام القديم بذاته.

وان نشأ الالتزام فاسدا أو باطلا أو من اجل القضاء على التزام آخر غير الذى يقصده الطرفان فان الأثر المسقط لهذا التجديد يكون غير متوفر وبالتالى يظل الالتزام القديم القائم فى ذمة المدين موجودا ويلتزم المدين بالوفاء به فى أجله للدائن.

ولكن نجد الخلاف فى ظهور الفائدة ، ففى القانون المدنى اذا كان الدين القديم منتجا لفوائد قانونية فانه بمجرد انعقاد التجديد فان هذه الفوائد يتم ايقافها ، وقد يكون الالتزام القديم «الاصلى» غير منتج لفوائد أو منتج لفوائد بسيطة وينشأ الالتزام الجديد منتجا لفوائد أو منتجا لفوائد مركبة.

ومثال ذلك:

تجديد الالتزام فى الحساب الجارى الذى ينتج عنه فائدة فالقانون المدنى يقضى بصحة الالتزام اذا كان منتجا لأى نوع من انواع الفوائد.

أما الفقه الإسلامى فهو لايقر نظام الفوائد ، جملة وتفصيلا فاذا كان الالتزام الاصلى منتجا لفوائد فهو باطل وكذلك الالتزام الجديد اذا ترتب على نشأته أى نوع من أنواع الفوائد وذلك لنهى الشارع الحكيم عن ذلك.

قال تعالى: ﴿**الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا. وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فأنتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فاولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ، يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لايحب كل كفار أثيم**﴾[١].

---

(١) سورة البقرة الآيتين: ٢٧٥ ، ٢٧٦.

المبحث الرابع

الإنابة فى الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

قد يحدث أن ينيب المدين شخصا آخر يقوم بالوفاء نيابة عنه وهنا قد ينقضى الالتزام أو يظل قائما حسب نوع الإنابة الصادرة من المنيب إلى المناب لديه والتى قد تكون إنابة كاملة أو إنابة ناقصة.

والانابة فى الوفاء تقع فى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإنابة فى الوفاء وبيان أركانها.

المطلب إلثانى: أقسام الإنابة فى الوفاء.

المطلب الثالث: آثار الإنابة فى الوفاء.

المطلـــــب الأول

تعريف الإنابة فى الوفاء وبيان أركانها

وتحته فرعان:

الفــرع الأول: تعريف الإنابة فى الوفاء.

الفرع الثانى: أركان الإنابة فى الوفاء.

الفـــــرع الأول

تعريف الإنابة فى الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

نصت المادة ٣٤٧ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية على ما يأتى:

١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

فالنائب هو القائم عن غيره فى التصرف مطلقا سواء كان أميرا أو وليا أو وصيا أو قاضيا وهو مشتق من النيابة وهى مطلق الفعل عن الغير يقال ناب عنه ينوب نوبة ونيابة أى قام مقامه فى التصرف[١].

والفرق بين المناب والنائب واضح ، فالمناب حينما يقوم بالوفاء إنما ينفذ التزاما شخصيا عليه فهو ليس نائبا فى الوفاء عن الأصل فى هذا التصرف ، بينما ترجع تصرفات النائب مباشرة إلى الأصل . وتقع على عاتقه.

وكذلك هناك فرق بين الوكيل والمناب ، فلا يوجد التزام على الوكيل قبل

(١)مختار الصحاح: ص ٤٨٤.

الطرف الآخر بعكس الحال فى الإنابة التى كون المناب ملتزما بالوفاء بالدين فينقضى التزام المنيب[١].

وبالنظر فى الفقه الإسلامى نجد أنه زاخر بتطبيقات عديدة للإنابة فى الوفاء.

أحاول فيما يلى استظهار الإنابة من هذه التطبيقات:

فى المذهب الحنفى:

يذهب محمد بن الحسن ، إلى أن الذى ينتقل بالحوالة ليس الدين وإنما المطالبة به فقط[٢].

ومؤدى ذلك أن الدائن «المناب لديه» يرجع على المحال عليه «المناب».

أولا: لأن المطالبة انتقلت ولم تبق عند المنيب فان امتنع المناب عن الأداء أو توى أى هلك وضاع الدين عند المناب.

ففى هذه الحالة يرجع المناب لديه على المنيب لأنه المدين الأصلى وتعود المطالبة إلى المنيب.

وبهذا نكون أمام ضرب من الإنابة القاصرة ينيب فيها المدين «المنيب» المحال عليه «المناب» فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه فيرجع الدائن «المناب لديه» هنا أيضا على المحال عليه الذى هو المناب فى الإنابة.

أولا فان هلك الدين عنده أو امتنع عن الأداء ، رجع المناب لديه

---

(١) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ٢٥٤ ، نهاية المحتاج، جـ٥، ص ١٥، ط مصطفى الحلبى ، عقد الوكالة رسالة دكتوراة أستاذنا الدكتور أحمد طه ريان، ص ٢٩ وما بعدها ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

(٢) رد المحتار لابن عابدين، جـ٥، ص ٣٤٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم، جـ٢، ص ٢١٣ ، بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦ ، ١٨ ، فتح القدير، جـ٥، ص ٤٥٠ ، ٤٥١ ، مذكرات الأستاذ الشيخ على الخفيف فى الحوالة لطلاب دبلوم الشريعة، ص ٤٠.

«الدائن» على المدين «المنيب».

والإنابة القاصرة ليس فيها تجديد للالتزام حيث يبقى التزام المنيب قائما إلى جوار التزام المناب ، والتجديد بتغيير المدين أو الدائن ليس قائما فى الإنابة القاصرة حيث يمكن للمناب لديه الرجوع على أى من المنيب والمناب لديه.

ومن النصوص الفقهية فى ذلك أيضا ما جاء فى البدائع بشأن الوكالة: «المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين إذ أنه فى منزلة الوديعة لأن يده يد نيابة عن الموكل[١]».

وفى هذا النص تظهر الإنابة واضحة ، فاذا قام الوكيل بدفع المال لحساب الموكل من ماله فى حالة الشراء فيكون الموكل منيبا بثمن الشئ الذى تم شراؤه والوكيل مناب.

فيؤدى الثمن للمناب وهو دائن الموكل الذى باع الشئ فاذا ما قام الوكيل بأداء الثمن انقضى التزام الموكل «المنيب».

وبذلك تكون الإنابة هنا مؤدية إلى تجديد بتغيير المدين فقط وخاصة إذا كانت الإنابة كاملة[٢].

وعند المالكية:

ذهب الباجى إلى أن الحوالة استيفاء من باب النقد ، إذ قال إنها ليست من بيع الدين بالدين لبراءة ذمة المحيل بالإحالة نفسها فهى من باب النقد ويظهر ذلك فى صورة قبض المحال من المحال عليه حال عقد الحوالة[٣].

وإلى قريب من هذا ذهب السيد محمد كاظم الطباطبائى

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ٣٤ ، ٣٧.
(٢) الفقه الإسلامى وأدلته ، وهبة الزحيلى، جـ٤، ص ١٦٣ وما بعدها ، تجديد الالتزام، رضا متولى وهدان، ص ١٠٥.
(٣) منح الجيل، جـ٣، ص ٢٢٩.

اليزدى من الإمامية إذ قال إنها من الإيقاع غاية الأمر اعتبار المحتال والمحال عليه ومجرد هذا لايصيره عقدا وذلك لأنها نوع من الوفاء وهو لايكون عقدا وإن احتاج إلى الرضا من الآخر كما فى الوفاء بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع(١).

ومن هذا الرأى أيضا ابن قيم الجوزية إذ يقول ان الحوالة من جنس الحق لامن جنس البيع فان صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء، فاذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذى فى ذمة المحيل، ولهذا ذكر النبى - ﷺ- الحوالة فى معرض الوفاء «الحديث».

فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المطل وبين أنه ظالم إذا مطل وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على ملئ وهذا كقوله تعالى: {**فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان**} . أمر المستحق أن يطالب بالمعروف وأمر المدين أن يوفى بإحسان(٢).

وفى المذهب الشافعى:

منهم من يرى أن الحوالة استيفاء ، بمعنى أنها نوع من أنواع الوفاء يستوفى بها المحال دينه بما للمحيل من دين فى ذمة المحال عليه(٣).

ومنهم من يقول بأنها اسقاط بعوض ، بمعنى أن المحال تنازل عن دينه الثابت له فى ذمة المحيل بما لهذا المحيل من دين فى ذمة المحال عليه(٤).

وفى المذهب الحنبلى:

عرف ابن تيمية الحوالة بأنها من جنس إيفاء الحق لأن صاحب الحق إذا

---

(١) العروة الوثقى، محمد كاظم الطباطبانى اليزدى ، ص ٦١٦ مطبعة الحيدرى، بطهران، ١٣٧٧هـ.
(٢) أعلام الموقعين، جـ١، ص ٣٤١.
(٣) نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٠٨ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر، جـ٥، ص ٢٢٦.
(٤) البيجرمى على شرح منهج الطلاب لسليمان محمد بن عمر، جـ٣، ص ١٨ ، المهذب، جـ١، ص٣٣٧.

استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء من الأصل ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين من المحال عليه عن الدين الذى فى ذمة المحيل(١).

وفى الفقه الاباضى:

يمكن استنتاج الإنابة الكاملة التى تؤدى إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين من هذا النص.

«إن أمر صاحب الحق من عليه الحق اعطاء حقه لطفله أو عبده أو غيرهما برئ منه إن فعل كما أمر وعلة براءته أنه فعل ما أمره به من له الحق وهذا الغير نائبا عن صاحب الحق»(٢).

ومن النص السابق يمكن استنتاج الآتى:

أن صاحب الحق منيب إذا أمر من عنده الحق المناب بأداء الحق إلى المناب لديه وهو فى النص الطفل أو العبد أو الغير الذى يكون دائنا لصاحب الحق وبمجرد أداء هذا الحق ينقضى الالتزام الذى فى ذمة المنيب صاحب الحق وبذلك يكون الالتزام تجديداً بتغيير المدين.

وبتطبيق ذلك على الإنابة:

نجد أن المناب «المحال عليه» يقوم بأداء ما على المنيب «المحيل» من دين للمناب لديه «المحال» وبذلك ينقضى دين المناب لديه بما للمنيب قبل المناب فى ذات الوقت الذى ينقضى فيه دين المناب للمنيب لأن الحوالة هنا مقيدة بوجود دينين متساويين فى القيمة.

من ذلك تكون الحوالة هنا مشتملة على إنابة كاملة لأن دين الدائن المحال

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم، جـ٢، ص ١٠ ، المغنى، جـ٥، ص ٥٤ ، كشاف القناع على متن الاقناع، جـ٢، ص ١٨٥ ، شرح منتهى الارادات، جـ٢، ص ١١٩.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جـ٢، ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، الناشر محمد بن يوسف البارونى ، الايضاح للشماخى، جـ٣، ص ٣٩٦.

«المناب لديه» ينقضى ولارجوع له على أيهما سواء المناب أو المنيب «المحال عليه والمحيل».

لذلك نجد هنا أن الإنابة تشتمل على تجديد لشخص المدين وكذلك الدائن.

هذا: ويشترط الفقهاء فى المذاهب المختلفة فى الفقه الإسلامى تساوى الدينان قدرا وصفة فى الحوالة المقيدة[١]. يدل على إنابة المحال عليه فى وفاء ما على المحيل «المنيب» للمحال «المناب لديه» من قبيل الإنابة الكاملة لعدم الرجوع على المنيب لوفاء الدين وفاء تاما.

والإنابة فى القانون المدنى المصرى:

هى عمل قانونى به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكانه.

أو هى عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاه المدين لدائنه -وبموافقته مدينا جديدا يقوم بالوفاء.

ويشترط فيها قبول المناب لديه لما قصده المنيب م ١/٣٥٩ من القانون المدنى المصرى.

وكان التقنين المدنى القديم لايعرف الإنابة حيث لم يتعرض لها إلا بمجرد إشارة عابرة فى تعرضه للأحكام الخاصة بالتجديد الذى يتم بتغيير المدين ودون أن يعنى بذلك اسم الإنابة صراحة ، أما المشرع المدنى فى التقنين المعمول به حاليا فقد أفرد لها نصوصا خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية ، وعرض صورتيها.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦ ، الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ٣٢٧ ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، جـ١، ص ٢١٣.

فتناول الإنابة الكاملة وهى فى حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين. والإنابة الناقصة التى لاتستتبع التجديد غير أن لها أهمية كبيرة من الناحية العملية[١].

وقد ألحق المشرع المصرى الإنابة بالتجديد ، لأنها تتضمن فى إحدى صورتيها تجديداً بتغيير المدين. م ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ م .

التجديد والإنابة والربط بينهما:

تجديد الالتزام هو استبدال دين جديد بدين قديم ويتم ذلك باتفاق على تغيير الدين نفسه أو تغيير المدين أو الدائن.

والإنابة فى الوفاء قد تنطوى على تجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن وقد لاتنطوى على أى تجديد.

وفى الحالة الأولى ترتبط الإنابة بالتجديد أما فى الحالة الثانية فانها تستقل عنه.

ومن هذا يتبين أن الإنابة تنطوى على تجديد فى بعض صورها ، مما دعا إلى الربط بينها وبين التجديد[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٣٤٠ ، ود. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٧، ط ١٩٨٦ ، ود. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٣٢ ، ود. سليمان مرقس، ص ٨٤٠ ، دروس فى أحكام الالتزام، مذكرة للدكتور عبد الخالق حسن أحمد، ص ٩٦ - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م، والتعليق على نصوص القانون المدنى المعدل. أنور العمروسى، جـ١، ص ١٠١٧، ط ١٩٨٣م دار المطبوعات الحديثة ، أحكام الالتزام، د. طلبة وهبة خصاب، دار الفكر ص ٣٤٠ ، وأحكام الالتزام، د. جلال على العدوى، ص ٣٤٣ ، ط ١٩٨٦م ، ط الدار الجامعية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام، جـ٢، ص ٢٣٢ وما بعدها ، ود. توفيق حسن فرج.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، ص ٢٢٣.

الفـــــرع الثانى

أركان الإنابة فى الوفاء فى الفقه الإسلامى والقـــانون المـــدنى المصـــرى

الإنابة فى الوفاء اتفاق وأطراف هذا الاتفاق ثلاثة أشخاص هم:

١- المنيب/ وهو المدين.

٢- المناب/ وهو الشخص الأجنبى الذى يقوم بوفاء الدين.

٣- المناب لديه/ وهو الدائن.

مثال ذلك:

أن يتفق البائع مع المشترى على أن يدفع الثمن لدائن هذا البائع فالبائع يكون مدينا فينيب شخصا آخر هو المشترى منه فى وفاء دين البائع لدائن هذا البائع.

ومثال ذلك أيضا:

أن يتبرع شخص بمبلغ معين لشخص آخر دون أن يكون هذا المبلغ متوفرا لديه فيتفق مع شخص ثالث أن يدفع المبلغ المذكور للمتبرع له على أن يكون قرضا على هذا الشخص الذى يرغب فى التبرع ، ففى هذه الحالة يكون المتبرع مدينا بمبلغ التبرع فينيب شخصا آخر هو المقرض فى وفاء الدين للمتبرع له.

فيكون المتبرع - المقرض - منيبا «مفوضا».

ويكون المقرض   منابا «مفوضا إليه».

ويكون المتبرع له الذى يتسلم مبلغ القرض منابا لديه «مفوضا لديه».

ويتضح من ذلك أن المناب قد تربطه بالمنيب علاقة مديونية سابقة فيقبل

الإنابة وفاء لدينه هو فى هذه المديونية السابقة كما فى المثال الأول.

وقد لاتربطه بالمنيب مثل هذه العلاقة ولكنه يقبل الإنابة فى مقابل أن ينشأ لصالحه دين على المنيب بقيمة ما يوفيه للمناب.

وقد لاتربطه بالمنيب علاقة مديونية سابقة فيقبل الإنابة بنية التبرع للمنيب بقيمة ما يوفيه عنه[1].

ونصت م ٣٤٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية.

١- إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسرا وقت الانابة.

٢- ومع ذلك لايفترض التجديد فى الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدنى المصرى الحالى.

ونص المادة تطابق المادة ٣٦٠ من المشروع على أنه: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا وكان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ولايبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب وهذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره.

والنص واضح فى أن التزام المناب قبل المناب لديه يعد التزاما مجردا والنص يطابق المادة ٣٦١ من القانون المدنى المصرى الحالى.

والغالب أن تكون هناك مديونية بين المدين «المنيب» والأجنبى «المناب»

(١)

فيها المنيب دائن والمناب مدين وبسبب هذه المديونية يرتضى «المناب» الإنابة ليقضى عن طريقها دينه قبل المنيب.

كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع.

مثال ذلك:

لو أقرض «أ» «ب» مبلغ ١٠٠٠ جنيه ، وبعد ذلك بمدة اشترى «أ» من «جـ» بضاعة بمبلغ ١٠٠٠ جنيه . فبدلا من أن يقوم «أ» بوفاء الثمن إلى «جـ» يكلف «ب» «مدينه» بأن يتعهد بوفاء قيمة القرض إلى البائع «جـ» الذى يقبل الإنابة وبهذا ينقضى فى نفس الوقت وبعملية واحدة دين «أ» «المنيب» تجاه «جـ» «المناب لديه» ، ودين «ب» «المناب» المستحق لدائنه «أ» «المنيب» وينشأ محل هاتين العلاقتين علاقة واحدة بين المناب والمناب لديه بين «ب» ، «جـ».

ولكن يلاحظ أنه لاتقتضى الإنابة أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المدين والأجنبى م ٢/٣٥٩ مدنى مصرى.

فقد يرتضى المناب وفاء الدين عن المدين أو مكانه دون أن تربطه به علاقة مديونية سابقة . فهذه العلاقة ليست شرطا لاتقوم الإنابة دونه بل الأمر يتوقف على العلاقة الموجودة بين الأطراف الثلاثة للإنابة فقد تقع الانابة بين أشخاص لاتربطهم أى رابطة قانونية سابقة ، كما لو أراد شخص أن يهب آخر مالا ، قبل أن يتوافر له هذا المبلغ ، فيطلب من شخص آخر أن يقرضه هذا المبلغ ، على أن يدفعه مباشرة للموهوب له.

وقد يرتضى «المناب» بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب[1].

---

(١) أحكام الالتزام، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ط دار الفكر العربى ، والتعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ، أنور العمروسى، جـ١، ص ١٠١٨ ، ١٠١٩ ، ط ١٩٨٣ ، دار المطبوعات الجامعية ، النظرية العامة للالتزامات، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص٣٨٧ وما بعدها.

وفى هذا تقرر المادة ٣٥٩ مدنى مصرى:

١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

٢- ولاتقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى.

المطلب الثانى

اقسام الإنابة فى الوفاء

تنقسم الإنابة فى الوفاء إلى قسمين:

الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة.

فالإنابة قد يترتب عليها انقضاء التزام المنيب قبل المناب لديه ، وقد لايترتب عليها ذلك فيقوم التزام المناب قبل المناب لديه بجانب التزام المنيب ذاته ، فيقوم بدور التأمين «الشخصى» حيث يصبح للدائن مدينان يستطيع أن يرجع على من يختاره منهما هما المدين الأصلى «المنيب» والمدين الجديد المناب.

وفى الحالة الأولى التى يبرئ فيها المناب لديه ذمة مدينه المنيب ويرتضى المناب مدينا بدله تسمى الإنابة بالإنابة الكاملة.

أما فى الحالة الثانية التى لايترتب عليها هذا الأثر فتسمى بالانابة الناقصة وفيها لايبرئ المناب لديه ذمة مدينه المنيب بل يقبل المناب كمدين آخر فيكون له مدينان عوضا عن مدين واحد.

وعندما ننظر فى المذهب الحنفى فنجد محمد بن الحسن يرى أن الذى ينتقل بالحوالة ليس الدين وإنما المطالبة به فقط[(١)].

نكون بهذا الرأى أمام إنابة قاصرة «ناقصة» ينيب فيها المدين «المنيب» المحال عليه «المناب» فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة اليه فيرجع الدائن «المناب لديه» هنا أيضا على المحال عليه الذى هو المناب فى الانابة.

والإنابة الكاملة تتضمن فى الواقع تجديدا للالتزام بتغيير شخص المدين وقد تتضمن إلى جانب ذلك تجديدا لدين آخر بتغيير شخص الدائن إذا كانت

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦ ، ١٨ ، ورد المحتار لابن عابدين، جـ٥، ص ٣٤٠ ، فتح القدير، جـ٥، ص ٤٥٠ ، ٤٥١.

هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب[١].

ولما كانت الإنابة الكاملة يترتب عليها انقضاء الدين ، لزم الاتفاق على ذلك صراحة[٢].

ولزم أن يكون الدين الجديد صحيحا ، وقد تطلب المشرع فوق ذلك أن يكون موسرا م ١/٣٦٠ م مصرى.

أما فى الإنابة الناقصة ، فلا ينقضى الالتزام الأصلى ومن ثم تبقى ذمة المنيب مشغولة بالدين لا تبرأ ، كل ما هنالك أنها ترتب نشوء التزام جديد يقوم إلى جانب الالتزام الأصلى ، لذا فهى لاتنطوى على تجديد بخلاف الانابة الكاملة.

والإنابة الناقصة هى الغالبة فى العمل لأنها تهئ للدائن الرجوع على مدينين بدلا من مدين واحد ، اذ يندر أن يقبل الدائن ابراء ذمة المدين وانقضاء الالتزام الأصلى ، وفى هذه الحالة تؤدى الإنابة وظيفة التأمين الشخصى فيصبح للدائن مدينان بنفس الدين / المدين الأصلى «المنيب» والمدين الجديد «المناب» وللدائن أن يطالب أيا منهما بكل الدين ويلاحظ أنه لايوجد تضامن بينهما ، وأن اتحد محل التزامهما ذلك أن التزام كل منهما له مصدره الخاص ، فالتزام الدين الأصلى مصدره العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن أما التزام المناب فمصدره عقد الإنابة ويقال للالتزام هنا أنه التزام تضامى لاتضامنى[٣].

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. عبد الخالق حسن أحمد، ص ٩٧ ، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٧ ، أ.د. عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٧١ ، ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، والوجيز فى آثار الالتزام، أ.د. محمد على عمران، ص ٣٥١ ، مكتبة سعيد رأفت ، جامعة عين شمس ونقض ١٣ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة المكتب الفنى، س ١٠ ع ١ رقم ٢٠، ص ١٤٣.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٨٩.

الإنابة تنطوى على التزام مجرد عن سببه:

فى كلا النوعين من الإنابة يكون التزام المناب قبل المناب لديه مجردا من سببه . أى عن العلاقة التى تربط المناب بالمنيب فهو لايتأثر ببطلان أو انقضاء التزام المناب قبل المنيب.

وعلة تجريد التزام المناب تكمن فى ضمان استقرار المعاملات م ٣٦١م[١].

وتأسيسا على كل ذلك فلو كان التزام المنيب باطلا لسبب من الأسباب أو كان يرد عليه أى دفع من الدفوع أو كان قبول المناب الانابة قد انبنى على مديونيته للمنيب فان ذلك كله لايؤثر على كون المناب ملتزما بالوفاء للدائن.

كل ما هناك أنه يكون للمناب الرجوع على المنيب وفقا لقواعد الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال وذلك مالم يقصد المناب التبرع للمنيب مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التى كانت له قبل المنيب، فمبدأ تجريد الانابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لصالح المناب لديه الذى له أن ينزل عنه[٢].

والإنابة الناقصة تختلف عن حوالة الدين ، ففى حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر أما فى الإنابة الناقصة فيبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصلى وينشأ إلى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر ، يكون مستقلا عن الدين القديم فى صفاته[٣].

ويشترط لكى ترتب الإنابة الكاملة أثرها من حيث براءة ذمة المنيب وهو المدين الأصلى ، توافر شرطين نصت عليها م ١/٣٦٠ وهما:

---

(١) أ.د. عبد المنعم حسن أحمد ، المرجع السابق، ص ٩٧ ، أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٣٨٢ ، ٣٨٣.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٩ وما بعدها ، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٤٨.

(٣) أحكام الالتزام، أ.د. مصطفى الجمال، ص ٣٤٦.

أولا: أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا وهذا الشرط لم يأتى بجديد ، لأنه تطبيقا للقواعد العامة فى التجديد ، حيث يتعين أن ينشأ التزام جديد ، لكى ينقضى الالتزام القديم.

ثانيا: ألا يكون المناب معـــسـرا وقت الإنابة والعلة فى ذلك ظاهرة إذ لايتصور أن يقبل الدائن أى المناب لديه ابراء ذمة مدينه المنيب ، إلا إذا توافرت فى المناب الملاءة وقت الإنابة فان كان الأخير معسرا وكان الدائن يجهل ذلك كان التجديد قابلا للابطال للغلط أو التدليس ، وهما العيبان الذى يتصور أن يرجع لأحدهما جهل الدائن بحالة المناب.

المطلب الثالث

آثار الإنابة الكاملة

عرفنا أن الإنابة قد تكون كاملة إذا قبل الدائن إحلال المناب محل المنيب فى دينه وإبراء ذمة المنيب بمجرد الاتفاق على الانابة م ١/٣٦٠ ومؤدى هذه المادة أن الإنابة الكاملة تؤدى إلى تجديد الدين بتغيير المدين إذا كان المناب ليس مدينا للمنيب.

أما إن كان مدينا له فتمتاز بأنها تقضى دينين قديمين «هما دين المنيب قبل المناب لديه ، ودين المناب قبل المنيب».

وتحل محلها دينا جديدا واحدا هو دين المناب قبل المناب لديه.

ومثال ذلك:

بيع عقار مرهون وانابه البائع المشترى فى دفع الثمن كله أو بعضه إلى الدائن.

والحالة الثانية من حالات التجديد وهى حالة حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقبل أن يكون هو المدين الجديد م ٣٥٢ . ثانيا وهذه الحالة تقع برضاء المدين القديم ، وبرضاء الدائن وبرضاء المدين الجديد بداهة.

وهى حالة تختلط باحدى صورتى الإنابة فى الوفاء والتى تحدثت عنها المادة ١/٣٥٩ مدنى إذ قالت: «تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين».

وهذا التشابه بين الصورتين أمره ظاهرى إذ أن هناك فارقا جوهريا بين الصياغتين فعجز الفقرة الثانية من المادة ٣٥٢ يقول أن التجديد بتغيير المدين يقع إذا قبل الأجنبى أن يكون هو المدين الجديد ومعنى هذا القبول هو براءة ذمة المدين الأصلى.

أما صياغة الفقرة الأولى من المادة ٣٥٩ فلم تبرز أن الشخص الثالث الذى يقدمه المدين قد قبل أن يكون وحده هو المدين الجديد أو المدين البديل.

وكل ما قالته أن هذا الشخص يلتزم بالوفاء بالدين مكان المدين . والتزامه هذا قد يقوم بجانب التزام المدين الأصلى وقد يقوم بديلا لالتزام هذا المدين وفى هذه الحالة فقط تبرأ ذمة المدين الأصلى.

وتتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين(١).

وبناء على ما تقدم:

فالإنابة الكاملة تعتبر تجديدا بتغيير المدين ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المدين «المنيب» قبل الدائن «المناب لديه» بشرط صحة الالتزام الجديد الذى رضى الأطراف الثلاثة به.

غير أن الإنابة تختلف عن التجديد فى شرط هام وضعه المشرع وهو ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة وهذا هو الجديد الذى يميز الانابة عن التجديد(٢).

---

(١) مذكرات فى نظرية الالتزام، أحكام الالتزام، د. أحمد سلامة، ص ٢٦٣.

(٢) النظرية العامة للالتزام، أ.د. اسماعيل غانم، جـ٢، ص ٤١٢ ، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ، أنور العمروسى، جـ١، ص ١٠١٢ ، ١٠٢٢ ١٩٨٣م ، دار المطبوعات الجامعية ، النظرية العامة للالتزامات، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ٣٧٩ ، وأ.د. عبد الناصر العطار، ص ١٠٢ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٦٥.

الموازنة بين الفقه الإسلامى
والقانون المدنى فى الإنابة فى الوفاء

الإنابة فى الوفاء فى الفقه الإسلامى تؤدى إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين ولها تطبيقات عديدة فى الفقه الإسلامى.

وهذه النتيجة هى نفس النتيجة التى أرادها المشرع فى القانون المدنى المصرى ، ومن ناحية تعريف الإنابة نجد أن المضمون واحد:

فلقد ورد تعريف الإنابة فى المادة ٣٤٨ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية بأنها: «تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين».

فالإنابة فى الوفاء كما ورد فى كتب شراح القانون المدنى.

تكون بأن ينيب المدين شخصا آخر هو المناب فى وفاء الدين للدائن وهو المناب لديه[١].

وبالنظر إلى الحوال فى الفقه الإسلامى نجد أنها عبارة عن نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . والمحيل هو المدين ، والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له ومن يقبل الحوالة محتال عليه ومحال عليه والمال محال به[٢].

فالاتفاق قائم بين الفقه الإسلامى والقانون المدني على أساس أن الفقهاء اشترطوا فى الحوالة رضاء الدائن بقيام شخص غير المدين بوفاء ماله من دين.

---

(١) أحكام الالتزام، د. سليمان مرقس، ٤٨٥ / ١٩٥٧ ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٣.

«م ٦٢٤» من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيف -رضي الله عنه-[١]، جاء فيها: «يشترط لصحة الحوالة رضا جميع الأطراف».

وقد توهم بعض الفقهاء المصريين أن مايسميه الفقه الإسلامي في دقة تامة بحوالة الدين، ويشترط فيه رضاء المدين، هو هذا الذي نسميه نحن في قوانيننا الحديثة بحوالة الحق والفرق ظاهر بين الحوالتين م ٣٠٣ مدني[٢].

وإذا تم ذلك الرضا يكون المحال عليه منابا من قبل المنيب «المحيل» في قضاء الالتزام.

وأيضا نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٨ من المشروع المصري لتقنين الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية على أنه: «لاتقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة مابين المدين والأجنبي».

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من القانون المدني المصري الحالي.

فالغالب في الإنابة أن يكون المنيب دائنا للمناب فيقبل المناب الإنابة ليقضي عن طريقها دينه قبل المنيب.

ولكن ذلك ليس شرطا في الإنابة، إذ يجوز أن تكون هي بداية العلاقات بين المنيب والمناب، فيجوز للمناب أن يرجع على المنيب بما دفعه للمناب لديه وقد تؤدي الإنابة الكاملة إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين.

جاء في المادة ٣٤٩ من المشرع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية إذا اتفق المتعاقدان في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا،

---

(١) اعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية باشراف مجمع البحوث الإسلامية القسم الثاني، الطبعة التمهيدية ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ص ٣٠٢، وحاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٠١.

(٢) وانظر الوسيط للسنهوري المجلد الأول، العقد، ص ٨٧، ٨٨، مكتبة رجال القضاء.

كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين . ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه.

ومع ذلك لايفترض التجديد فى الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدنى المصرى الحالى.

وكذلك تتفق المادة ٣٥٠ من المشروع مع المادة ٣٦١ من القانون المدنى فى أن التزام المناب قبل المناب لديه يعد التزاما مجردا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

ولقد نصت المادة ٣٦٠ فقرة «١» على شرط ، وهو ألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة لأنه إذا كان كذلك رجع المناب لديه «الدائن» على المنيب ولاتتحقق الانابة الكاملة بل تكون الإنابة هنا ناقصة ولاتؤدى بالتالى إلى براءة ذمة المنيب من هذا الالتزام وبالتالى تكون غير مفضية إلى تجديد بتغيير المدين بل أدت إلى ضم ذمة أخرى إلى ذمته فى وفاء الدين كما فى الكفالة.

الفصل الثالث

الوفـــــاء بمقـــــابل
فى
الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الفصل الثالث

الوفـــاء بمقـــابل

المبحث الأول: مضمون الوفاء بمقابل.

ويشتمل على:

المطلــب الأول: تعريف الوفاء بمقابل.

المطلب الثاني: تمييز الوفاء بمقابل عن التجديد.

المبحث الثاني: التكييف الشرعى والقانونى للوفاء بمقابل.

المطلــب الأول: التكييف الشرعى للوفاء بمقابل.

المطلب الثاني: التكييف القانونى للوفاء بمقابل.

المبحث الثالث: أركان الوفاء بمقابل.

المبحث الرابع: آثار الوفاء بمقابل.

المبحث الأول
مضمون الوفاء بمقابل

المطلب الأول
تعريف الوفاء بمقابل

يمكن القول بأن الوفاء يكون بمقابل إذا رضى الدائن وهو بسبيل استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق أصلا ، فالوفاء هنا فيه خروج عن القاعدة التى توجب الوفاء بذات الشئ محل الالتزام.

والصورة الشائعة لذلك أن يكون المدين ملتزما بأداء مبلغ نقدى ويقدم شيئا آخر عوضا عنه كنقل ملكية شئ «كقطعة أرض معينة أو سيارة معينة» وفاء لالتزامه فاذا قبل الدائن ذلك يكون قد استوفى حقه ولكن ليس بعين محل الالتزام الأصلى وإنما بما يقابله.

وهذا مايسمى بالوفاء بمقابل والذى يعتبر سببا لانقضاء الالتزام.

ولقد عرف الفقه الإسلامى الوفاء بمقابل تحت مسمى «الاستبدال» - «استبدال الدين بشئ حال أو بدين آخر» وذلك كأن يكون شخص مدينا لآخر بعشرة اقداح من الأرز مثلا فيتفق كل من المدين والدائن على أن الدائن للمدين يقبل حالا بمثل قيمتها قمحا.

وقد جاء فى مذكرة الالتزامات للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم[١] هذا الموضوع بعنوان «استبدال دين جديد بالدين الأصلى» ومثل تحت هذا العنوان بما يفيد أنه يريد أن يتناول تجديد الالتزام والوفاء بمقابل.

مع أن الوفاء بمقابل لابد فيه من استبدال الدين بشئ مقبوض.

أى أن الوفاء بمقابل يتميز عن التجديد بأنه يتضمن نقل المقابل إلى ملكية الدائن فور الاتفاق على الاستبدال حتى لانيشأ التزام جديد.

(١) ص ٢٢٦.

أما إذا تراضى هذا البدل الجديد فإننا نكون أمام تجدي للالتزام.

وفى القانون المدنى المصرى:

تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه: «إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق. قام هذا مقام الوفاء».

ويتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئ آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشئ فعلا ، فالدائن يستعيض فى الوفاء بمقابل شئ آخر غير الشئ محل الالتزام وهو إذا كان لايجبر على قبول الوفاء بشئ آخر غير المستحق أصلا إلا أنه يملك قبول مايعرضه المدين من الوفاء شئ آخر غير المستحق أصلا(١).

المطلب الثانى

التمييز بين التجديد والوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل من النظم التى تتشابه تشابها كبيرا مع التجديد وخاصة تجديد الالتزام بتغيير محله.

وفى الفقه الإسلامى:

يختلط الوفاء بمقابل والتجديد لدرجة يصعب معها التفرقة بينهما(٢).

والوفاء بمقابل: يتم إذا رضى الدائن فى استيفاء حقه شيئا آخر غير الشئ المستحق له أصلا.

والوفاء بمقابل بهذا المعنى يعتبر سببا لانقضاء الالتزام لأن الدائن رضى عند المطالبة بدينه استبدال محل الوفاء بمحل آخر كأن يكون شخص مدينا لآخر بأردب من الأرز مثلا فيتفق كل من المدين والدائن على أن يدفع المدين للدائن

(١) أحكام الالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٢ ، أ.د.سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٢٥ ، أ.د. جميل الشرقاو، جـ٢، ص ٢٩٥.

(٢) مذكرة الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد ابراهيم، ص ٢٢٦.

بمثل قيمته قمحا.

وفى القانون المدنى المصرى:

يعتبر الوفاء بمقابل مزيج من الوفاء والتجديد حيث يتم الوفاء أولا من المدين ، ومن ثم ينقضى الالتزام القديم بمجرد الاتفاق بين الدائن والمدين.

ثم يكون المقابل التزاما جديدا فى ذمة المدين وهذا هو جوهر التجديد.

وطالما اتفق الفقه الإسلامى مع القانون المدنى المصرى فى أن الوفاء بمقابل «استبدال لمحل الالتزام» يهمنا هنا ونحن بصدد التمييز بين التجديد والوفاء بمقابل أن نشير إلى أمرين:

أولا: ماهو الذى يتم استبداله.

ثانيا: كيفية هذا الاستبدال.

وبالنسبة للأمر الأول:

نجد أنه محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى حيث أنهما يتفقان على أن الذى يتم استبداله هو محل الالتزام ولكن الفرق الجوهرى بينهما أنه فى الوفاء بمقابل يتفق الطرفان على أن يكون المقابل الذى يستوفيه الدائن عوضا عن الأداء المستحق أصلا عبارة عن نقل ملكية شئ أو انشاء حق عينى آخر فى مقابل الدين[١].

فلو قدم المدين عوضا عن الأداء المستحق أصلا وكان عبارة عن القيام بعمل ، وليس نقلا لملكية شئ ، أو كان عبارة عن دين فى ذمة الغير ، لأصبح الأمر خارج نطاق الوفاء بمقابل.

إذا الأمر يخص تجديد الدين بتغيير محله فى الحال الأولى فاذا قدم

---

(١) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٣ ، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

المقرض للمقترض عملا مقابل قيمة القرض كان معنى هذا انقضاء الدين الأصلى بالاتفاق ثم نشوء دين جديد باتفاق جديد محله هذا العمل الذى تعهد به[(١)].

وفى الحالة الثانية إذا قدم المدين لدائنه دينا له فى ذمة الغير عوضا عن حقه ، لم نكن بصدد وفاء بمقابل بل كنا أمام «حوالة حق» أو عملية أخرى «كانابة فى الوفاء».

وذلك مالم يكن هذا الحق الشخصى قد اندمج فى سند لحامله إذ يعتبر تسليم السند بمثابة نقل الملكية ، نظرا لأن الحق المثبت فى سند لحامله يصبح أقرب ما يكون إلى الشئ المادى لأن الحق هنا يندمج فى الصك.

ويشترط فى الفقه الإسلامى لكى يكون الوفاء بمقابل صحيحا وتبرأ ذمة المدين وينقضى الالتزام أن يكون الدائن نفسه هو الذى قبل المقابل إذ ليس لوكيل الدائن فى استيفاء دينه أن يقبل المقابل[(٢)].

الأمر الثانى: كيفية هذا الاستبدال:

فى الفقه الإسلامى:

حينما يتم رضاء الدائن بالعوض عند وفاء المدين يشترط أن يكون تقديم هذا العوض فى مجلس العقد أى على الفور حتى تنقضى شبهة الربا[(٣)].

(١) المدخل للفقه الإسلامى، محمد سلام مدكور، ص ٧٠٥ ، ٧٠٦.

(٢) المدخل للفقه الإسلامى، محمد سلام مدكور، ص ٧٠٦.

(٣) فعند الحنفية: لايشترط القبض فى المجلس اذا حمل هذا العوض على أنه استيفاء بعض عين الحق والابراء عن أصل محل الدين فان ذلك يجوز سواء كان العوض أقل أو أكثر من الأصل ، بدائع الصنائع، جـ٦، ص ٤٣ ، ٤٦.
وعند المالكية: يشترطون القدرة على التسليم كالبيع ، فمن ادعى عرضا أو حيوانا أ عقارا وأقربه المدعى عليه وصالحه بدنانير أو دراهم أو بعرض أو عقار مخالف للمصالح عنه جاز وكذلك الصلح عن دين فى الذمة كقرض فان وفاة بدنانير أو دراهم جاز ذلك ، شرح منح الجليل، جـ٣، ص ٢٠١ ، ٢٠٢.
وعند الشافعية: يشترطون فى الاستبدال أن يتم ذلك «أى التقابض» فى مجلس العقد. الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٠٣.
(=)

وفى القانون المدني المصرى كذلك نجد أن الفارق الجوهرى بين الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام هو أن الاتفاق على الاعتياض ينفذ فورا فيقدم المدين المحل الجديد الذى يقبله الدائن عوضا عن المحل الأصلى فينقضى الالتزام فورا وتنتهى علاقة الطرفين، أما التجديد فان تنفيذ الاتفاق على تغيير المحل يتراخى، بحيث يحل التزام جديد محل الالتزام القديم.

أى أنه فى هذه الحالة لانكون أمام وفاء للالتزام ، وإنما أمام اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاما جديدا بالالتزام الأصلى وهذا هو التجديد(١).

ويتضح لى مما مضى أن الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى له طبيعة مزدوجة بما يؤدى إليه من انقضاء الالتزام الذى يكون فى ذمة المدين ثم تجديد لمحل الالتزام الذى يكون عوضا عن المحل الأول وتسمى هذه العملية بالاستبدال، أى استبدال محل الالتزام الأصلى بمحل آخر جديد.

ومن ثم نكون أمام ما يسمى بالحلول العينى أى حلول الالتزام الجديد محل الالتزام القديم(٢).

فاذا ماتم الوفاء بالالتزام الجديد على الفور أى فى مجلس العقد فهذا يسمى بالوفاء بمقابل ، أما إذا لم يتم الوفاء فى مجلس العقد فهذا يسمى بتجديد محل الالتزام.

هذا ويشترط فيما سبق توافر رضا الدائن وعدم تأدية الوفاء بالالتزام الجديد إلى ربا محرم.

(=) وعند الحنابلة: يصح الوفاء بجنس الحق مع الحط منه بعض الشئ أو هبة بعضه للمدين مع عدم اشتراط ذلك منه ويقوم الدائن بإبراء المدين من هذا البعض.
أما إذا كان الوفاء من غير جنس الدين فذاك معاوضة عند الحنابلة فإن كان صرفا فيشترط التقابض فى المجلس ، وإن كان بيعا فيشترط فيه القدرة على التسليم وإنكان إجارة فيشترط فيها الاستيفاء بقدر المنفعة، المغنى لابن قدامة، جـ٥، ص ٢.

(١) النظرية العامة للالتزام، أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٣٨١ ، ٣٨٢.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣١.

هذا ويمتاز الفقه الإسلامى عن القانون المدنى المصرى فى أنه يقوم بتوصيف هذه الطبيعة المزدوجة للوفاء بمقابل وفقا للمفهوم الذى يتم به فإذا كان صرفا فيشترط التقابض فى المجلس ، وإذا كان بيعا فيشترط فيه القدرة على التسليم ، وإذا كان حطا أو زيادة فتشترط البراءة أو الهبة.

وهكذا يضع الفقه الإسلامى السياج الآمن لكل التصرفات الانسانية فى المعاملات المالية حتى تضمن بُعدها عن شبهة الحرام.

المبحث الثانى

التكييف الشرعى والقانونى للوفـــاء بمقـــابل

المطلب الأول

التكييف الشرعى للوفاء بمقابل

الوفـاء بمقـابل قـد يكون بيـعـا أو إجارة بحسب نوع العـوض ، فـاذا قـبل الدائن مثلا عينا معينة بدلا من دينه وقبضها يكون دينه عبارة عن ثمن لهذه العين المعينة.

وفى هذه الصـورة لاتبـرأ الذمـة ، ولاينقـضى الالتـزام إلا إذا كـان الدائن نفسه هو الذى قبل المقابل ، «إذ ليس لوكيل الدائن فى استيفاء دينه أن يقبل المقابل».

أما إذا كـان الشخص مدينا بأجر منفعة أو عمل مثلا فاتفق مع صاحب الدين على أن يبقى ماله من أجر فى ذمته على سبيل القرض على أن يكون بذلك قد وفى ماعليه من أجر فى ذمته على سبيل القرض «على أن يكون بذلك قد وفى ماعليه من أجر».

وبذا يكونان قد أنهيا الالتزام الأول وهو الوفاء بالاجرة باحداث التزام آخر هو القرض وهذا مايسمى فى الاصطلاح القانونى بتجديد الالتزام.

ومن هذا مايجرى فى التعامل من اتفاق المؤجر والمستأجر على كتابة سند بدين حر بقيمة الأجر الذى على المستأجر «كمبيالة» يأخذه صاحب الحق على أن يبرئ ذمة المستأجر من دين الإيجار بسند مقابل «مخالصة»[1].

والوفاء بمقابل إذا قلنا أنه بيع فيقصد بالبيع هنا بيع الدين ، وبيع الدين

(١) المدخل للفقه الإسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور، ص ٧٠٥ ، ٧٠٦.

أما أن يكون فى مقابل عين أو دين ، وبيع الدين إذا كان فى مقابل عين إما أن يكون لذات المدين أو لأجنبى ، فاذا كان لذات المدين فهو الوفاء بمقابل.

وأشير هنا إلى موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى من بيع الدين بالعين لذات المدين.

اولا: فى الفقه الإسلامى:

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع الدين للمدين نفسه وذلك بشرط متفق عليه عندهم هو «أن يكون الثمن حالا» وأضاف الحنابلة شرطا آخر هو أن يكون الدين مستقرا(١).

بمعنى أنه إذا ثبت فى ذمة رجل مبلغ من النقود من بيع ، أو قرض أو كراء، أو غير ذلك ، مالم يكن ثمن حرف ، وأراد أن يستبدل «بعوض عنه» بنقد آخر ، كما لو كان فى ذمته دنانير وأراد أن يقضى عنها دراهم ، أو العكس.

وهو مايعبر عنه باقتضاء أحد النقدين من الآخر ، كما لو كان له عليه دينار ، فقال بعتك الدينار الذى لى عليك بهذه العشرة الدراهم ، سواء كان ما فى الذمة مؤجلا أو حالا.

ولكنهم اختلفوا فيما بينهم حول جواز ذلك على اطلاقه «أى سواء حل ما فى الذمة أم لم يحل إذا كان بسعر يومه وبشرط التقابض فى المجلس» أو

(١) فتح القدير، جـ٥، ص ١٨٢ ، الشرح الكبير، جـ٣، ص ٥٥ ، ٥٦ ، المجموع شرح المذهب للنووى، جـ١٠، ص ١١١ ، كشاف القناع على متن الاقناع، جـ٣، ص ٢٥١ ، اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، جـ٤، ص ١٠٥ ، الانصاف للمرادى، جـ٥، ص ٤٩ ، ٥٠.

تقييد الجواز بحلول أجل الوفاء بالدين.

ذهب إلى الاطلاق:

الحنفية وابن شعبان من المالكية ، والحنابلة على الصحيح والظاهرية غير ابن حزم والزيدية بشرط حلول ذلك فى المجلس وبعض الأباضية(١).

كما روى ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما والحسن والشعبى وطاوس والزهرى وعطاء(٢).

---

(١) جاء فى المبسوط السرخسى ، جـ١٤، ص ١١ وعن ابراهيم أنه لم يكن يرى بأسا باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعا كان أو قرضا وكان بسعر يومه وبه نأخذه ، وجاء فى لباب اللباب لابن رشاد البكرى، ص ١٣٨ عن صور غيبة النقد أن يكون غائب عن المجلس ، لكنه فى حكم الحاضر ، وهو ما فى الذمة وقد منعه أشهب مطلقا ، وأجازه ابن شعبان مطلقا، وجاء فى الانصاف للمرادى، جـ٥، ص ٤٩ ، ٥٠: «يجوز اقتضاء نقد من آخر على الصحيح من المذهب وقال - فعلى المذهب يشترط ان يحضر احدهما ، والآخر فى الذمة مستقر بسعر يومه نص عليه ، ويكون صرفا بعين وذمة ، وهل يشترط الحلول ؟ على وجهين وأطلقها فى الفروع والفائق». وشرح ابن رزين وقال توقف أحمد ، أحدهما لايشترط وهو الصحيح صححه فى المغنى والشرح والنظم والرعاية الكبرى وغيرهم والثانى يشترط ، قال فى الوجيز حالا .، وجاء فى المحلى لابن حزم، جـ٩، ص ٥٦٥: «وذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وأصحابنا إلى جواز أخذ الذهب من الورق والورق من الذهب» ، وجاء فى التاج المذهب للصنعانى، جـ٢، ص ٣٤٩ . واعلم أن المال إذا كان فى ذمة أحدهما أو كلاهما فأن مافى الذمة يكون كالحاضر ، فلو كان فى ذمة رجل لرجل طعام فقضاه من جنس ذلك الطعام أو من غير جنسه صح . البحر الزخار لابن المرتضى، جـ٣، ص ٣٨٩ ، وجاء فى الايضاح للشماخى، جـ٣، ص ٣٥١، ط١، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م وقال بعض . البيع جائز، والقضاء ثابت وإن غاب أحدهما إذا ثبت ضمانه فى الذمة.

(٢) روى عبد الرازق فى مصنفه، جـ٨، ص ١٢٦ عن الثورى عن دالود عن سعيد ابن جبير عن ابن عمر، أنه كان لايرى بأسا أن يأخذ الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم قال: داود وكان سعيد بن جبير يفتى به . وفى ص ١٢٨ قال سفيان أخبرنى ليث عن طاوس أنه كرهه فى البيع ولايرى به فى القرض بأسا.، وقال ابن حزم فى المحلى، جـ٩، ص ٥٦٧ ، وصحت اباحة ذلك عن الحسن البصرى والحكم ، وحماد ، وسعيد بن جبير باختلاف عنه وطاوس . والزهرى وقتادة والقاسم بن محمد ، واختلف فيه عن ابراهيم وعطاء ، ويراجع المبسوط للسرخسى، جـ١٤، ص ٣٦.

وذهب إلى تقييد الجواز بحلول أجل الوفاء:

الإمام مالك والشافعية ورواية عند الحنابلة والامامية[1]. وبعض الأباضية وحكى ذلك عن عمر وابنه والحسن والثورى والأوزاعى وأبى ثور وسليمان ابن يسار ويحيى بن سعيد وابن القاسم وحيوة بن شريح وغيرهم[2].

القول الثاني:

يرى القائلون بهذا الرأى منع بيع الدين إلى المدين. مطلقا ولايجوز أخذ شئ مكان آخر وهذا هو مذهب أشهب من المالكية وأحد قولى الشافعى وهو مذهب ابن حزم الظاهرى[3].

---

(١) جاء ف المدونة، جـ٨، ص ١٢٧ قلت لو أن لى على رجل دراهم دينا من قرض أو من بيع إلى أجل فأخذت بها منه دنانير نقدا أيجوز هذا . فى قول مالك أم لا؟ قال لايجوز هذا ولايحل وهو من بيع الدراهم إلى أجل بدنانير نقدا ولو كانت حالة لم ير به بأسا.
ويراجع بداية المجتهد لابن رشد، جـ٢، ص ١٩٩، وجاء فى تكملة المجموع، جـ١٠، ص ١٠٥ يشترط فى هذا القسم أن يكون الدين حالا فلو اراد أن يأخذ على الدين المؤجل عوضا قبل حلول الدين لم يصح ويراجع الفروع لابن مفلح، جـ٤، ص ١٦٦ ، شرائع الإسلام، جـ١، ص ١١٠ وقواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام لسن بن مطهر الحلى، جـ١، ص ١٣٢، ط حجرية ١٩٦٠م - ١٣٧٩هـ.

(٢) فى شرح النيل الأطفيش، جـ٨، ص ٦١٨ إذا كان لرجل على رجل دينار فاتفقا على أن يعطيه صرف الدينار من الدراهم فان ذلك لايجوز حين ذكر الصرف ولم يحضر الدينار، ويراجع تكملة المجموعة للسبكى، جـ١٠، ص ١٠٣ ، وجاء فى المدونة، جـ٨، ص ١٢٨ ، عن ابن لهيعة عن خالد بن أبى عمران وبكير ابن عبد الله عن سليمان بن يسار. قال: ان كان لرجل على رجل ذهب كالئة فلا يصلح له أن يقاطعه على ورق وينقده ، وجاء فى المدونة ايضا عن عبد الله بن عمر عن نافع أن رجلا كان له على عبد الله بن عمر ذهب سلفا فجاءه يتقاضاه ، فقال يانافع اذهب فصرف له أو أعطه بصرف الناس قلت فان أراد أن يزخذها منى قال: إذا قامت على سعد فأراد أن يأخذها فاعطه إياها ، وقال مثل ذلك ابن القاسم وغيره.

(٣) انظر لباب اللباب لابن راشد البكرى، ص ١٣٨ ، وجاء فى تكملة المجموع للسبكى، جـ١٠، ص ١٠٣ روى كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابى عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب وابن شبرمة وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله.
وأورد عبد الرازق روايات عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بشأن حكم اقتضاء أحد النقدين من الآخر ، مرة بعدم الجواز ، ومرة بالجواز ، ثم قال عجبا من أهل البصرة والكوفة ، أهل الكوفة يروون عن عمر وعبد الله الرخصة وأهل البصرة يرون عنهما التشديد ، وروى (=)

الأدلـــــة:

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والأثر والمعقول.

اولا: من السنة:

أ- ما روى عن ابن عمر -رضى الله عنه- قال كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير ، وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم ، وأخذ الدنانير ، آخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه . فأتيت رسول الله -ﷺ- وهو فى بيت حفصة ، فقلت: يارسول الله رويدك أسالك ، إنى أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، أخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه فقال رسول الله -ﷺ-: «لابأس أن تأخذها بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شئ»(١).

وجه الدلالة من الحديث:

يستدل من هذا الحديث على جواز بيع الدين بالعين وذلك لكون الثمن فيه دينا حيث اشترى بدنانير وأخذ مكانها دراهم أو العكس.

ومن هنا يستدل على جواز بيع ما فى الذمة إذا كان مشتريه هو المدين لأن النبى -ﷺ- لم ير بأسا من اقتضاء الذهب من الفضة والفضة من الذهب إذا ما افترق المتبايعان وليس بينهما شئ.

(=) النسائى عن سعيد ابن جبير ، أنه كره أن يأخذ الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير ، يراجع المحلى لابن حزم جـ٩، ص ٥٦٧ ، ومصنف عبد الرازق، جـ٨، ص ١٢٦ ، تكملة المجموع للسبكى، جـ١٠، ص ١٠٣ ، والبحر الزخار لابن المرتضى، جـ٣، ص ٣٨٩ ، وسنن النسائى، جـ٢، ص ٢٢٤.

(١) رواه الدارقطنى فى سننة، جـ٣، ص ٢٣ ، ٢٤ فى البيوع - عالم الكتب - بيروت ، ورواه ابن ماجه فى سننه ولفظه فقال: «واذا اخذت أحدهما وأعطيت الآخر فلا تفارق صاحبك وبينك وبينه لبس»، جـ٢، ص ٧٦٠ فى البيوع. ط دار احياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى ، ورواه ابو داود فى سننه، جـ٣، ص ٢٥٠ فى البيوع ط مصطفى محمد - المكتبة التجارية الكبرى ، ورواه الترمذى فى صحيحه بشرح ابن العربى، جـ٥، ص ٢٥١ فى البيوع، ط١ سنة ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م ، ورواه النسائى فى سننه، جـ٢، ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، نيل الأوطار للشوكانى، جـ٥، ص ١٥٦ ، كتاب البيوع «النهى عن بيع الدين وجوازه بالعين لمن هو عليه».

ما روى عن طريق عبد الرازق حدثنا الأسلمى أخبرنى عبد الله بن أبى بكر عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله - ﷺ -: «قضى بالشفعة فى الدين». وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين احق به(١).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

هو قضاء رسول الله - ﷺ - بأن صاحب الدين أحق بدينه من غيره.

ثانيا: الأثـــر:

١- ما صح عن جابر بن عبد الله أنه سئل عن رجل له دين على آخر فاشترى به غلاما فقال لابأس(٢).

٢- ما أخبر به معمر عن الزهرى قال: «لم أر القضاة إلا يقضون / من اشترى على رجل دينا فصاحب الدين أولى به(٣).

وجه الدلالة من هذين الأثرين:

يستدل من هذين الأثرين على جواز بيع الدين بالعين وهو ما افتى به جابر بن عبد الله وما أخبر به معمر.

ثالثا: المعقول:

أن المدين قابض لما فى ذمته فاذا دفع ثمنه للدائن كان هذا بيع مقبوض بمقبوض وهو جائز(٤).

واستدل من يرى جواز بيع ما فى الذمة مطلقا أى سواء حل ما فى

(١) مورد الظمآن إلى زوائد ابن حبان «باب فيمن يبيع بنقد ويأخذ غيره»، ص ٢٧٥.
(٢) المصنف للحافظ عبد الرازق، جـ٨، ص ٨٨ ، حديث ١٤٤٣٢ ، المحلى، جـ٩، ص ٥٦٥.
(٣) المصنف للحافظ عبد الرازق، جـ٨، ص ٨٨ ، حديث ١٤٤٣٢.
(٤) اصول البيع المنوعة للشيخ عبد السميع امام، ص ١١١، ط ١٩٥٧م.

الذمـة أم لم يحل إذا كـان بسـعـر يومـه وبشـرط التـقـابض فى المجلس بالسنة والمعقول.

اولا: من السنة :

حديث ابن عمر رضى الله عنهما السابق ذكره والذى يدل على جواز بيع مـافى الذمـة مطلقا ، أن النبى -ﷺ- لم يسـأل عن حلول الدين أو عـدم حلوله ولو كان هناك فرقا لسأل عن ذلك رسول الله -ﷺ-.

ثانيا: من المعقول :

فمن وجوه:

١- أن الثابت فى الذمة بمنزلة المقبوض ، لأن مافى الذمة كالحاضر فكأنه رضى بتعجيل المؤجل.

٢- أنه إذا قضاه بسعر يومها ، ولم يجعل للمقضى فضلا لأجل تأجيل مافى الذمة . لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضى بتعجيل مافى الذمة بغير عوض فأشبه ما لوقضاه من جنس الدين[١].

٣- أنه عند اختـلاف الجنس لايظهـر الربا بخـلاف مـا إذا كـان الجنس واحد[٢].

واستدل من اشترط حلول الأجل بالسنة وقول الصحابى والمعقول:

١- من السنة :

حديث ابن عمر -رضى الله عنهما- السابق ذكره ، ووجه الدلالة منه: أن

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ١٧٤ ، التاج المذهب للصناعنى فى الفقه الزيدى، جـ٢، ص ٣٧٩ الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م ، عيسى البابى الحلبى، بمصر.

(٢) المبسوط، جـ١٤، ص ٣٦.

هذا الحديث نص فى أخذ المعين عن الدين لكن يجب قصره على حالة حلول الأجل حتى لايتعارض مع الأحاديث الدالة على عدم جواز بيع الغائب بالناجز.

ومنها ماروى عن أبى سعيد الخدرى أنه قال: أبصرت عيناى وسمعت أذناى رسول الله - ﷺ- يقول: «لاتبيعوا الذهب بالذهب ولاتبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولاتشغوا بعضه على بعض ولاتبيعوا شيئا غائبا منه بناجز إلا يد بيد»(١).

٢- وأما قول الصحابى:

فيما روى عن ابن عمر ان بكر بن عبد الله المزنى ومسروقا العجلى سألاه عن كرى لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير فقال ابن عمر اعطوه بسعر السوق(٢).

٣- وأما المعقول:

فان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس والتماثل ها هنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة(٣).

ولايجوز قبل حلول الأجل لأن الدائن يتهم أن يكون إنما ترك له الدراهم يوما أو يومين على أن يعطيه بها كذا ، وكذا دينارا ، ويكون أيضا تأخيره إلى أن يشترى له سلفا جر منفعة وكأنك أوجبت عليه فى دراهمك دنانير حتى يعطاها فصارا حرفاً مستأخرا(٤).

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه، جـ٥، ص ٤٢، دار الطباعة العامرة، ١٣٣١.

(٢) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، ط ٢ مطبعة المنار.

(٣) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ١٧٣.

(٤) المدونة للامام مالك، جـ٨، ص ١٠٩.

أدلة أصحاب القول الثانى: المانعون:

أ- أن رسول الله -ﷺ- «نهى عن بيع الذهب بالورق دينا وقال لاتبيعوا منها غائبا بناجز»[١].

وجه الدلالة:

أن الدين غائب عن مجلس العقد فيصدق عليه أنه بيع غائب بناجز ويشمله النهى عن بيع أحد النقدين بالآخر دينا وبذلك يكون محرما.

ويجاب عنه بأن التأخير منفى والمناجزة حاصلة بالتقابض اذ المدين قابض لما فى ذمته فتبرأ ذمته فى الحال لمجرد العقد فان النهى لايشمله.

ب- نهى الرسول -ﷺ- عن بيع الغرر وهذا يشمل بيع الدين لأنه بيع شئ لايدرى أخلق بعد أو لم يخلق[٢].

ويجاب عن هذا:

بأن البدلين لاغرر فيهما إذ هما معلومان قدرا وصفة فأين الغرر حيث قد علم الدين قدرا وصفه وهو مقبوض لتعلقه بذمة المدين وكذا البدل معلوم قدرا وصفة وقد قبض فى مجلس العقد.

جـ ماروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه نهى عن بيع الدين بالعين[٣].

ويمكن الرد على هذا الاستدلال:

بأنه معارض لما روى عن سيدنا عمر أنه سئل عن أخذ دنانير قضاء عن دراهم فقال ائت بها الصيارفة فأعرضها عليهم فاذا قامت على سعر فأن شئت

---

(١) الفيض القدير، جـ٥، ص ٣٠٦ ، ح ٩٣٥٠.

(٢) صحيح مسلم، شرح الإمام النووى، جـ١، ص ٥٦.

(٣) المحلى، جـ٩، ص ٦٢.

فخذها وإن شئت فخذ مثل دراهمك فقد أجاز أخذ الدنانير عن الدراهم إذا علم قدر صرفها عند الصيارفة.

واستدلوا من المعقول:

بأن مافي الذمة معدوم فليس كالحاضر أو لشبهة بالمعدوم لهذا لايجوز[١]. ويناقش هذا بأنه لايستقيم مع قوله - ﷺ- «لابأس أن تأخذها بسعر يومها».

وأرى أن ماذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بالجواز مطلقا هو الراجح لموافقته لأصول الشريعة الإسلامية وهو قضاء رسول الله - ﷺ- وأيضا ليس في العقد هنا ضرر ولامفسدة ، بل تحققت مصلحة لها وجاهتها في الشريعة وهي براءة ذمة المدين بما عليه ، فضلا عن أن الدائن قد استوفى دينه فإن ذلك من مقتضيات الشريعة السمحة ما دام محققا للمقصود منه.

فالمدين تبرأ ذمته في الحال بمجرد العقد واقباض الثمن والمراد هو براءة الذمم فلا يشمل النهي عن بيع الغائب بالناجز ، كما ينتفي الغرر إذا كان البدلان معلومين قدرا وصفه.

وقد عبر الشافعية:

عن بيع الدين لمن هو عليه بالاستبدال ، جاء في الاشباه والنظائر للسيوطي: «أنه لايصح بيع الدين بالدين قطعا واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال»[٢].

فالاستبدال على هذا النحو وهو بيع دين لمن هو عليه ينبني على أن الدين يستبدل به عوض آخر وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل.

---

(١) البحر الزخار لابن المرتضى، جـ٣، ص ٣٨٩.
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٣٠.

وهذا الاستبدال:

قد يكون صلحا: ذهب إلى ذلك المالكية والحنفية والحنابلة فقد قال ابن جزئ المالكى: «الصلح على نوعين الثانى منها "صلح على عوض فهذا يجوز إلا إن أدى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به"»(١).

وعند الحنفية:

لو كان للمدعى به عينا معينة دارا أو أرضا أو عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع(٢).

وعند الحنابلة:

نصت المادة ١٦٢٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه: «يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقا وبشئ فى الذمة ايضا كأن يصالحه عن دينار فى ذمته بأردب من قمح أو نحوه فى الذمة لكن يشترط القبض قبل التفرق».

والصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما.

يؤدى إلى نتيجة هى أن الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان النزاع على عقار مثلا أقر المدعى عليه به للمدعى به وصالحه عنه بنقود معلومة كان معنى ذلك أن الدائن باستحقاق العقار قد رضى فى استيفاء حقه هذا بشئ آخر غير المستحق أصلا وهذا هو الوفاء بمقابل.

ولكن يلاحظ أن الفقه الإسلامى يجرى على هذه الحالة حكم البيع وخاصة

---

(١) قوانين للأحكام الفقهية لابن جزى المالكى، ص ٣٦٦.

(٢) م ١٠٣٠ من مرشد الحيوان.

من حيث شروط الصحة[١].

ونصت المادة ١٦٢٦ من مجلة الاحكام الشرعية على أن: «الصلح عن الحق المقرية على غير جنسه معاوضة يصح بلفظ الصلح ، فالصلح عن نقد بنقد صرف وعن نقد بعرض أو عن عرض بنقد أو عن عرض بعرض بيع أو عن عرض أو نقد بمنفعة أو إجارة فيشترط لصحته ما يشترط لصحة هذه العقود».

والقانون المدنى المصرى باقراره للوفاء بمقابل كطريق من طرق انقضاء الالتزام يقرر بيع الدين بالعين لذات المدين حيث أن الوفاء بمقابل يتفق فى مضمونه وغايته.

مع بيع الدين بالعين لذات المدين لأن الأصل فى الوفاء بالالتزام أن يكون بعين ماالتزم به المدين ، غير أنه ليس ثمة مايمنع من أن يكون هذا الوفاء بغير ما التزم به المدين متى تراضى الطرفان على ذلك . ويعتبر هذا من قبيل الوفاء بمقابل.

ويترتب على ذلك انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين وذلك هو مانصت عليه المادة ٣٥٠ مدنى بقولها: «إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء»[٢].

واشير فيما يلى إلى اختلاف رجال القانون حول تكييف الوفاء بمقابل.

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٧٢ وما بعدها.
(٢) نظرية الالتزامات، أ.د. عبد الودود يحيى، ص ٢٢٦.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل «الاعتياض» عملية قانونية مركبة لم تسلم من خلاف في فقه القانون.

وهذا الخلاف ينحصر في عدة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: الوفاء بمقابل بيعا مصحوبا بمقاصة:

ذهب إلى هذا فريق الشراح باعتبار أن المدين قد باع الشئ الذي اعطى وفاء للدائن في مقابل ثمن مساو لقيمة الدين وبذلك يصبح الدائن مالكا للشئ ومدينا بالثمن.

وتقع المقاصة بين التزام المدين والتزام الدائن بدفع الثمن(١) وينقضي كلاهما بالمقاصة ويبقى المدين بعد ذلك ملتزما فقط نحو الدائن بنقل ملكية هذا المقابل(٢) «العوض».

وهنا تسرى أحكام البيع وبالأخص ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان العيوب الخفية ويسرى عليه من حيث أنه يقضي بالدين، أحكام الوفاء وبالأخص مايتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات(٣).

---

(١) أ.د. أنور سلطان، نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤م وقد جاء في الحكم: «أن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف في تكييفه ففي رأي استبدالا للدين باعطاء شئ في مقابله ، وفي رأي آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه جميع أحكامه ، ومحكمة النقض ترى أنه في حقيقته كالبيع اذ تتوافر فيه جميع أركانه ، وهي الرضا والشئ المبيع والثمن ، فالشئ الذي أعطى للوفاء يقوم ماقام المبيع والمبلغ الذي اريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذي يتم دفعه في هذه الحالة بطريق المقاصة ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع - مجموعة القواعد القانونية، جـ٤، ص ٣٨٥، رقم ١٣٩.

(٢) أ.د. السنهوري، جـ٣، ص ٩٤٢ ، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٢.

(٣) التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ، مستشار أنور العمروسي، جـ١، ص ١٠٠٥ ، ١٠٠٦ ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٣م.

ويلاحظ أن هذا التقريب بين البيع والوفاء بمقابل لايمنع من وجود فارق أساسي بينهما ، وهو أن البيع عقد قائم بذاته في حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق.

إلا أنه يعيب هذا الاتجاه أنه يقف بالوفاء بمقابل عند اتمام صفقة البيع ولايستلزم أن تنتقل الملكية فعلا إلى الدائن من المدين ، والوفاء بمقابل لايتم إلا إذا انتقلت الملكية إلى الدائن ولاتبرأ ذمة المدين من دينه إلا عند تمام نقل هذه الملكية ، كما أن البيع عينا ينعدم فيه ركن الثمن النقدي الحقيقي وهو أساس في البيع واذا تم الاكتفاء بمرحلة البيع فانه في الحقيقة تجديد بتغيير محل الدين[١].

الاتجاه الثاني: الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير المحل:

ومعنى هذا أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلي بمحل جديد وهذا هو التجديد.

وبمقتضاه ينقضي الدين الأصلي، وتنقضي معه تأميناته ، فالذي يؤدي إلى انقضاء الدين هو هذا التجديد.

وبعد ذلك تأتي خطوة وفاء الالتزام الجديد ذي المحل الجديد بتقديم المقابل المتفق عليه وبذلك يتم الوفاء بمقابل[٢].

ويلاحظ أن محل الالتزام الجديد هو دائما نقل ملكية أو تقرير حق عيني ويخلص من هذا التكييف.

١- أن الدين الأصلي المنقضي بالتجديد لابالوفاء ولا بالمقاصة أما الدين الجديد «ومحله نقل ملكية» فهو ينقضي بالوفاء.

---

(١) السنهوري، جـ٣، ص ٩٤٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٣٤ وبهذا أخذت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.

٢- ثم إن الوفاء بمقابل يجمع بين الوفاء ونقل الملكية[١] ويترتب على هذا التأجيل أنه إذا استحق الشئ الذى تم الوفاء به بناء على الالتزام الجديد ، امتنع على الدائن مطالبة المدين بالالتزام القديم أو الاستفادة من التأمينات التى كانت ضامنة له لأن هذا الالتزام بما يتبعه من تأمينات عينية أو شخصية يكون قد انقضى بالتجديد[٢].

ويؤخذ على هذا التكييف للوفاء بمقابل أن التجديد يقضى على الالتزام القديم بانشاء التزام جديد يحل محله ويبقى هذا الالتزام الجديد بعد انقضاء الالتزام الأول . فى حين أن الوفاء بمقابل يقتضى حصول التنفيذ وقت الاتفاق مباشرة فثمة شرط جوهرى لوجود الوفاء بمقابل هو ادلاء الموفى بعوض بأن ينقل إلى الدائن حق الملك فيه فى الحال وليس يكفى على وجه الاطلاق مجر الالتزام بذلك[٣].

أو مجرد رضاء الدائن بالمقابل الجديد عوضا عن الأداء المستحق أصلا وهذا شرط أساسى فى الوفاء بمقابل لاشك يختلف به عن التجديد ويكفى فيه مجرد التزام المدين بالوفاء بالالتزام الذى نشأ جديدا دون الوفاء به فعلا[٤].

الاتجاه الثالث: الوفاء بمقابل مزيجا من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية:

فالوفاء بمقابل هو:

أولا: تجديد بتغيير محل الدين إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذى بدء على تغيير المحل الأصلى للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء.

ومتى دخل فى الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح دينا جديدا يحل

---

(١) أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٥.
(٢) أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٥ ، ٩٦.
(٣) أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٥ ، أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٦.
(٤) أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٢.

محل الدين القديم وهذا هو التجديد.

ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلى ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته عن طريق التجديد لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر فى التكييف الثانى[١].

ثانيا: هو التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعيض به عن المحل الأصلى للدين يتم تنفيذه عن طريق الوفاء فتنتقل الملكية فعلا إلى الدائن وبذلك يتم الوفاء بمقابل.

وهنا نجد أن الالتزام بنقل الملكية فيه:

أولا: معنى الوفاء حيث أن الدين الجديد يتم الوفاء به وهذا انقضاء للالتزام الأصلى.

ثانيا: نقل ملكية المقابل إلى الدائن.

ويخلص من هذا التكييف أمران:

١- أن الدين الأصلى فى الوفاء بمقابل لاينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة وإنما ينقضى بالتجديد.

أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء عينا لابمقابل الوفاء[٢].

٢- أن الوفاء بمقابل يجمع فى أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية.

وهذا التكييف يبرر تطبيق أحكام الوفاء وأحكام البيع على الوفاء

(١) السنهورى، جـ٣، ص ٩٤٦.
(٢) السنهورى، جـ٣، ص ٩٤٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٣٧.

بمقابل.

وهذا كله إلى جانب معنى التجديد الذى يتم فى الخطوة الأولى.

من ذلك فان الوفاء بمقابل تصرف مركب من تجديد ونقل ملكية ووفاء ففى نقل ملكية العوض تطبق أحكام البيع ، وفى إبراء ذمة المدين من الدين تطبق أحكام الوفاء.

الاتجاه الرابع: الوفاء بمقابل تمليك عين فى مقابل دين:

يرى أصحاب هذا الاتجاه: أن الوفاء بمقابل عقد خاص يقصد به تمليك عين فى مقابل دين وهذا العقد يترتب عليه نقل الملكية للدائن وانقضاء دين المدين بالتالى ولاحاجة بنا إلى الاستعانة بفكرة البيع والمقاصة أو فكرة التجديد.

فاذا تبين عدم وجود الدين بطل العقد لعدم وجود سببه واسترد المسلم ما سلمه[١].

واعتبار هذا العقد من عقود التمليك بعوض كاف بذاته لانطباق بعض قواعد البيع عليه ، لأن أحكام البيع قد تضمنت الأحكام العامة للعقود الناقلة للملكية.

ولأن القاعدة فى العقود غير المسماه تقضى باخضاعها لأحكام العقود المسماه التى تشاركها فى خصائصها الجوهرية وهذا العقد غير المسمى.

ويستند هذا الرأى إلى نص المادة ٣٥١ مدنى مصرى التى تنص على أنه: «يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان بنقل ملكية شئ أعطى فى مقابله الدين أحكام البيع ، وبالأخص ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان

---

(١) النظرية العامة للالتزامات، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٧.

الاستحقاق وضمان العيوب الخفية[١].

وهذا الاتجاه يتبين منه أنه صورة معدلة من الاتجاه الثالث يجعل من الوفاء بمقابل عقدا غير مسمى ، والوفاء بمقابل ليس عقدا بل هو اتفاق لأنه لاينشئ التزاما بل يقضى التزاما قائما.

الراجـــح:

أرى أن الراجح من هذه الاتجاهات هو أن الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير محل الدين ووفاء بالالتزام الجديد وذلك لوجود عناصر التجديد وهى:

١- استبدال محل الالتزام الأصلى بمقابل له أى بعوض عنه.

٢- انقضاء الالتزام الأصلى بموجب هذا الاستبدال.

٣- تنقضى جميع تأمينات الالتزام الاصلى سواء كانت شخصية أم عينية.

والذى ينفرد به الوفاء بمقابل:

هو نقل المقابل إى ملكية الدائن فور الاتفاق على الاستبدال حتى لاينشأ التزام جديد ، أما إذا تراضى هذا البدل الجديد فاننا نكون أمام تجديد للالتزام[١].

---

(١) أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ٣٦٩ ، ٣٧٠.

(٢) تجديد الالتزام، دراسة مقارنة اعداد رضا متولى وهدان، ص ٦٢.

المبحث الثانى

اركان الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى
والقانون المدنى المصرى

الوفاء بمقابل من خلال العرض السابق ذكره يتكون من ركنين:

أولهما: الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستبدال.

وثانيهما: تنفيذ هذا الاتفاق على الفور.

واتحدث فيما يلى عن هذين الركنين فى مطلبين:

المطلب الأول

اركان الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى

عرف الفقه الإسلامى الوفاء بمقابل باعتباره سببا ينقضى به الالتزام والوفاء بمقابل يعنى - رضاء الدائن فى استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق له أصلا.

الركن الأول: الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستبدال:

ومعنى هذا التراضى بين الدائن والمدين على الوفاء بمقابل وفحوى هذا التراضى: هو اتفاق طرفيه حديث لايجبر الدائن فى استيفاء حقه على قبول شئ آخر غير الشئ المستحق أصلا ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فانه لايمكن -وبنفس القدر- اجبار المدين على الوفاء بمقابل.

أما عن مضمون هذا التراضى، فانه يتمثل فى وجوب اتفاق

الطرفين على أن يكون المقابل الذى يستوفيه الدائن عوضا عن الأداء المستحق أصلا عبارة عن نقل ملكية شئ أو انشاء حق عينى آخر.

ويجوز فى الفقه الإسلامى الاتفاق على الاستبدال فى محل سائر الديون كالقرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك.

عا ويعتبر ا

١- فى المذهب الحنفى:

لو باع رأس مال المسلم بعد الإقالة وقبل القبض ففى ذلك وجهان:

الأول : لايجوز استحسانا.

الثانى: يجوز قياسا وهو قول زفر.

ووجه القياس أن عقد السلم ارتفع بالاقالة لأن الإقالة فسخ وفسخ العقد رفعة وإذا ارتفع العقد من الأصل عاد رأس المال إلى قديم ملك رب المال فكان محلا للاستبدال كما كان قبل السلم.

أما إن كان فاسدا من الأصل ، وجب على المسلم إليه رد رأس المال لفساد السلم ، ويجوز الاستبدال ، فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك كما يجوز الاستبدال بعد الاقالة فى الصرف[١].

وعند الحنفية أيضا:

الاستبدال عبارة عن صلح أيضا فلو كان المدعى به عينا معينة دارا أو أرضا أو عرض وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع سواء كان

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٨١، ط ٦ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م دار الكتب العلمية ، بيروت.

أكثر منه أو أقل منه ولايشترطون القبض[١].

وهنا نجد أن الوفاء قد تم بمقابل آخر غير العين المتنازع عليها.

عندهم أيضا:

لو قال شخص لآخر وهبت لله الدراهم التى لى على فلان فاقبضها منه فقبض هذا الشخص مكانها دنانير ، فان ذلك يجوز لأن الحق صار للموهوب له فيملك الاستبدال[٢].

٢- فى المذهب المالكى:

منع الإمام مالك شراء المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين:

أحدهما: إذا كان المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه.

والثانى: إذا لم يكن المسلم فيه طعاما ، فأخذ عوض المسلم فيه عرضا ، والثمن عرضا مخالفا فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إن كان العرض المأخوذ اكثر من رأس مال السلم ، واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة لأنه عنده من باب البدل فى الدنانير والاحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلة شعيرا ، وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز[٣].

وعند المالكية أيضا:

الصلح على نوعين:

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، ص ٤٣ ، ٤٥ ، «م ١٠٣٠ من مرشد الحيوان».
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٥٧، ط ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جـ٢، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ط ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

الثانى منهما: صلح على عوض ، فهذا يجوز إلا أن يؤدى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به والمقبوض عن الصلح كالعوض فيما يجوز بينهما(١).

وعندهم أيضا:

أنه يجوز الصلح عن دين بما يباع كدعواه عرضا أو حيوانا أو طعاما فيصالحه بدنانير أو دراهم عوضا عنها(٢).

فهنا يكون للمدين أن يعرض على الدائن مقابلا للمستحق له اصلا وعندما يقبل الدائن هذا المقابل يكون وفاء بمقابل وينتهى النزاع بينهم صلحا.

جـ- وفى مذهب الشافعية:

لايصح بيع الدين بالدين قطعا واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال فيجوز بشرط القبض فى مجلس العقد(٣).

فالاستبدال المشار إليه وهو بيع الدين لمن هو عليه يترتب عليه أن الدين يستبدل به عوض آخر وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل حيث إن المبيع ليس هو عين الدين.

وجاء أيضا فى الأشباه والنظائر أنه يجوز عند الوفاء بين القرض استبداله وكذا استبدال بدل المتلف وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم وكذا الدين الموصى به(٤).

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٢١ ، ٢٢٢ مكتبة اسامة بن زيد - بيروت.

(٢) حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٣٠٩ ، ٣١٠.

(٣) الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع الشافعية للسيوطى، ص ٣٣٠، ط ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م.

(٤) المرجع السابق، هامش ع ص ٣٣١.

وجاء فى الأم:

«أخبرنا الربيع» قال أخبرنا الشافعى قال أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء كان لايرى بأسا أن يقبل رأس ماله منه أو ينظره أو يأخذ بعض السلعة وينظره بما بقى «أخبرنا الربيع» قال أخبرنا الشافعى قال أخبرنا سعيد بن سالم القداح عن ابن جريج أنه قال لعطاء اسلفت دينارا فى عشرة افراق أم اقبض منه ان شئت خمسة أفراق واكتب نصف الدينار عليه دينا قال نعم[١].

د- وفى مذهب الحنابلة:

نجد أن الايفاء بأداء العوض يتم فى الصلح عن الحق المقربة على غيرجنسه معاوضة ويتم ذلك بلفظ الصلح فان تم الوفاء من جنس حق الدائن فهذا هو الوفاء وان قضى المدين الدين من غير جنسه فهذه معاوضة مثل أن يعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذه المعاوضة عند الحنابلة تدور على ثلاثة أقسام.

الأول: أن يقر المدين بنقد معين فيصالح الدائن على نقد آخر مثل أن يكون مدينا بمائة دينار فيسلم الدائن مائة دولار أو بالعكس فهنا صرف يشترط فيه التقابض فى المجلس.

الثانى: أن يكون المدين مدينا للدائن بعروض فيؤدى إليها أثمانها نقودا أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع.

الثالث: أن يكون المدين ملتزم بأجره أو بأداء عمل معلوم للدائن فيكون ذلك إجارة تسرى على هذا الالتزام حكم الاجارات[٢].

---

(١) الأم، جـ٣، ص ١٣٢، ط ١٩٧٣م ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٩٧، ط ٢٨٣ ، ط دار الفكر، بيروت.

(٢) المغنى والشرح الكبير، جـ٥، ص ٣ ، ٦ ، ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

ويخصوص القرض عند الحنابلة:

جاء فى نصوص مجلة الأحكام الشرعية «م ٧٤٦»: «لايصح اشتراط المقرض رد مال القرض بعينه» وجاء أيضا أنه يجوز للمقترض: «أن يقضى خيرا مما أخذ أو دونه برضاهما ولو بزيادة أو نقص فى القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة مثلا لو أقرضه زيوفا أو نقص فى القدر أو الصفة من غير اتفاق سابق جاز وحل للمقرض «م ٧٥٣».

والمعنى الواضح لكل ذلك أن المدين أى المقترض هو ملتزم بالوفاء ورد القرض وليس ملزما أن يرد مال القرض بعينه بل يمكن أن يؤدى عوضا آخر يسمى بدل القرض بشرط التراضى وبدل القرض: «هو المال الذى يرده المقترض إلى المقرض عوضا عن القرض ٢ م ٧٢٥ من مجلة الأحكام الشرعية».

فهنا إذا رضى المقرض فى استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق أصلا وهذا هو الوفاء بمقابل(١).

وعند الحنابلة أيضا:

ان تعذر تسليم الثمن عند المحل فللمسلم الخيار بين أن يصير إلى أن يوجد، وبين فسخ العقد ، والرجوع برأس ماله ، ان كان موجودا أو مثله ان كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا ، وقيل ينفسخ العقد بالتعذر لأن المسلم فى ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزا من صبره فهلكت.

والأول أصح لأن السلم فى الذمة لا فى العين ، وتجوز الإقالة فى السلم كله إجماعا وتجوز فى بعضه وإذا فسخ العقد رجع بالثمن أو ببدله إن كان معدوما(٢).

---

(١) أ.د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٢) الكافى فى فقه الإمام احمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى، جـ٢، ص ١١٩، ١٢٠، ط ٢ ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

وعند الظاهرية:

ومن سلم فى شئ فضيع قبضه أو اشتغل حتى فات وقته وعدم ، فصاحب الحق مخير بين أن يصبر حتى يوجد وله أن يأخذ قيمته لو وجد فى ذلك الوقت من أى شئ تراضيا[١].

جواز استبدال المبيع:

إذا تصرف البائع فى المبيع غير المنقول كعقار ، قبل قبض المشترى له بأمر منه . فان هذا التصرف الجديد صحيح.

مثـاله:

أن يقوم البائع ببيع المبيع أو تأجيره . أو إعارته أو رهنه وهذه كلها تصرفات جديده تنشئ فى ذمة البائع التزاما جديدا وعليه الوفاء بها قبل من نشأ الالتزام الجديد لمصلحته.

كذلك يجوز للمشترى أن يتصرف فى الشئ المبيع قبل قبضه بشرط أن يكون غير مكيل أو موزون أو معدود.

أما إن كان كذلك فلا يصح التصرف فى المبيع قبل قبضه ، وكذلك إن تعين ملك شخص فى موروث أو وصية أو غنيمة فله التصرف فيه قبل قبضه[٢].

وبذلك نرى أنه يجوز فى الفقه الإسلامى للمتعاقدين الاتفاق على الاستبدال «الوفاء بمقابل».

وقد يقع هذا الاتفاق تحت مسمى الصلح عن إقرار، والاستبدال هنا منصب

---

(١) المحلى، جـ٢، ص ١١٥ المسألة ١٦٢٢ ، دار الافاق الجديدة - بيروت.

(٢) حاشية رد المحتار، جـ٥، ص ١٤٩ ، الروض المربع للبهوتى وحاشيته لعبد الله عبد العزيز العنقرى، جـ٢، ص ١٠٢.

على محل العقد أو الالتزام وهو المعقود عليه الذى قد يكون مالا أو منفعة أو عملا.

ومن التطبيقات فى ذلك أيضا ما يقع فى القرض فى رد البدل حيث يجوز أن يكون هذا البدل أقل صفة أو مقدارا وسواء كان ذلك فى أجل الرد أو بعده، فلا يلتزم المقترض رد عين مال القرض حيث يجوز أن يقضى خيرا مما أخذ أو دونه ولكن يشترط رضا الدائن فى كل ذلك ولو اعسر المستقرض ولم يستطع رد مال القرض ولم يكن فى وسعه ذلك اجبر المقرض «الدائن» على الانتظار إلى أن يوجد المال أو أن يرضى بأخذ القيمة -قيمة القرض- وهو عوض عن عين مال الدين[1].

والمعنى مما سبق واضح وهو أن المدين «المقترض» ملتزم.

أولا: بالوفاء ورد القرض الا انه ليس ملزما برد مال القرض بعينه بل يمكن أن يؤدى عنه عوضا آخر يسمى بدل القرض ولكن بشرط التراضى، وبدل القرض.

هذا هو المال الذى يرده المقترض إلى المقرض «الدائن» عوضا عن القرض وفى استيفاء الدائن برضاه حق آخر غير الشئ المستحق له أصلا نكون أمام وفاء بمقابل.

فالوفاء بأداء العوض فى الفقه الإسلامى يترتب عليه كما هو واضح انقضاء الالتزام الأصلى الذى كان المدين ملتزما به قبل الدائن وهذا يتطلب وجود اتفاق بين الدائن والمدين على مبد أالاستعاضة أو الوفاء بالقيمة بمعنى استبدال محل الوفاء الأصلى بمحل آخر والتقابض فى مجلس العقد كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

---

(١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم، ص ٢٣٥، ط ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م ، المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص ٣٦٥ ، القوانين الفقهية، ص ١٩٠.

المطلب الثانى

تنفيذ هذا الاتفاق على الفور

الوفاء بمقابل لايعتبر قد تم لمجرد توافر هذا الاتفاق وإنما يلزم فوق ذلك أن يكون الوفاء بعوض قد نفذ بالفعل ، وفى هذا يختلف الوفاء بمقابل عن تجديد الدين حيث أنه فى التجديد يتم الاتفاق على انقضاء الدين القديم واحلال دين جديد محله يختلف عنه فى موضوعه وتبقى العلاقة قائمة بين الدائن والمدين، أما الوفاء بمقابل فانه ينهى هذه العلاقة بصفة نهائية(١).

وتأسيسا على ماسبق فانه بالنظر فى الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى نجد أنه ينطوى على وفاء الدين ثم تجديد للالتزامات أى أنه ذو طبيعة مزدوجة ولكن الوفاء بالالتزام الجديد يتم فور الاتفاق على التجديد فى الوفاء بمقابل.

لذلك يمكن القول بأن الإيفاء بالعوض «الوفاء بمقابل» من قبيل التجديد «الاستبدال» فى الفقه الإسلامى لأن الوفاء بالعوض الذى يتم الإتفاق عليه وفاء بالتزام جديد وليس وفاء بالالتزام الأصلى الذى ينقضى بالاتفاق على الالتزام الجديد.

وفى القانون المدنى المصرى:

تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه: «إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق . قام هذا مقام الوفاء».

ويتضح من هذا النص:

أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن

---

(١) نصت المادة «١٦٢٨» من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل على أنه: «يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقا وبشئ فى الذمة أيضا كأن يصالحه عن دينار فى ذمته بأردب من قمح أو نحوه فى الذمة ، لكن يشترط القبض قبل التفرق».

بشئ آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشئ فعلا.

فالدائن يستعيض فى الوفاء بمقابل بشئ آخر غير الشئ محل الالتزام. وهو إذا كان لايجبر على قبول الوفاء بشئ غير المستحق اصلا حتى لو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى م٣٤١ مدنى ، إلا أنه يملك قبول مايعرضه المدين من الوفاء بشئ آخر غير المستحق أصلا.

والوفاء بمقابل سبب لانقضاء الالتزام غير الوفاء . وهو بحسب التعريف السابق ذكره.

يتكون من ركنين كما سبق فى الفقه الإسلامى:

أولهمـــا: الاتفاق بين الدائن والمدين.

وثانيهما: تنفيذ هذا الاتفاق[١].

وبالنسبة للركن الأول:

فالوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين لأن المدين لايستطيع أن يفرض على الدائن استيفاء شئ غير المستحق أصلا . ولكن يجوز للدائن أن يقبل ذلك إذا أراد وذلك طبقا للقاعدة التى تقضى بأن الشئ المستحق أصلا هو الذى يجب أن يتم به الوفاء وقد يقع قبول الدائن ، صراحة كما قد يستفاد دلالة «ضمنيا» ويعد من قبيل القبول الضمنى عدم اعتراض الدائن أو إبداء أى تحفظ عند الإيفاء بأداء العوض ، ويفترض القانون فى الدائن إذا قبل الوفاء بمقابل أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء إلى أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة[٢].

ويجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحا طبقا للقواعد العامة من حيث

---

(١) الاستاذ الدكتور طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٣٣٠، ط دار الفكر العربى ، النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٣٩٥ ، ط ١٩٦٣م دار المعارف بمصر.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٣٧.

الإرادة والمحل والسبب.

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقا فهو ككل اتفاق يقتضى توافق ارادتين إرادة الدائن وإرادة المدين ، وليس الوفاء بمقابل عقدا ، بل هو اتفاق كالوفاء لأنه لاينشئ التزاما ، بل يقضى هذا الالتزام.

ويجب أن تتوافر فى الطرفين الأهلية الواجبة.

فيشترط فى الدائن أهلية استيفاء الدين لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين.

وفى المدين أهلية التصرف فى الشئ الذى يقدمه وفاء بالدين بالإضافة إلى أهلية الوفاء بالدين لأنه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شئ إلى الدائن فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية فى وقت واحد.

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال[١].

كما يلزم أن يكون للاتفاق محل وسبب مستوفيان شرائطهما القانونية.

أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلى.

وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلى بنقل ملكية شئ آخر من المدين إلى الدائن.

---

(١) الوسيط، جـ٣، ص ٩٣٨ وما بعدها ، ط دار النهضة العربية ، أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٣ ، أحكام الالتزام، دراسة مقانة فى القانونين المصرى واللبنانى، أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٥ ط دار الفكر العربى ، أحكام الالتزام والاثبات، أ.د. سمير عبد السيد تناغو، ص ٥٢٥ ، ط ١٩٨٨ ، ١٩٨٩م.

وبالنسبة للمحل بالذات يجب أن يتوافر فيه شرطان:

الأول: أن يكون شيئا جديدا أى لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام الأصلى وبذلك نستبعد حالة الالتزام التخييرى والالتزام البدلى، فتقديم أحد الشيئين فى الالتزام البدلى أو التخييرى لايعد وفاء بمقابل لأن الشئ داخل أصلا فى نطاق الالتزام الأصلى.

الثانى: الراجب توافره فى محل الوفاء بمقابل هو أن يكون نقل ملكية أو تقرير حق عينى كالانتفاع.

فاذا كان محل الدين الأصلى ألفا من الجنيهات مثلا ، فان الطرفين يتفقان على أن يفى المدين للدائن بدلا من الألف من الجنيهات مائة قنطار من القطن الأشمونى أو مائتى أردب من القمح الهندى أو أن ينقل اليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك[١].

وقد يقع العكس ، فيكون فى ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قنطار من القطن أو مائتى أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار ، فيتفقان على أن يعطى المدين للدائن بدلا من ذلك ألفا من الجنيهات.

ولما كان الدائن فى هذه الأحوال ، يستوفى فى دينه محلا ليس هو عين محل الدين ، فلا بد إذن لهذا الوفاء من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقا لنشوء الدين ، وفى الغالب يكون لاحقا أيضا لميعاد استحقاقه.

والاتفاق يستدعى حتما رضاء الدائن أن يستوفى الدين بمقابل فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل الدين إجبارا ولايتم ذلك إلا برضائه[٢].

ولايصح أن يكون البديل فى الوفاء بمقابل التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق شخصى.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الوسيط، جـ٣، ص ٩٣٨.

لأننا فى هذه الحالة نكون خارج نطاق الوفاء بمقابل إذ الأمر يخص تجديد الدين بتغيير محله أو الحوالة ، فقد يعطى المدين للدائن شيئا غير محل الدين ولكن لاللوفاء بالدين بل كضمان له ، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين فى مقابل أن يعطى المدين للدائن رهنا . وفى هذه الحالة لاينقضى الدين بداهة بل يبقى قائما ، ويكون الشئ الذى أعطاه المدين للدائن ليس مقابلا للوفاء بل هو رهن فى يد الدائن لضمان الدين ، ويرجع فيما إذا كان الشئ الذى أعطاه المدين للدائن مقابلا للوفاء أو رهنا لنية الطرفين.

فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان فى وضوح على نقل ملكية الشئ إلى الدائن[1].

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقا للقواعد العامة فى الإثبات فلا يجوز فيما يزيد على عشرين جنيها ، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسليم شئ غير المستحق له دون تحفظ ، فانه يفترض - حتى يقوم الدليل على العكس أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء[2].

الركن الثاني: تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا فتبرأ ذمة المدين:

لكى يتحقق الوفاء بمقابل يجب أن يحصل الدائن على مارضى به عوضا عن الأداء المستحق أصلا إذ لايكفى تراض الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بالاتفاق على نقل ملكية شئ أو حق عينى اخر إلى هذا الدائن ، بل يتعين تنفيذ هذا الاتفاق فورا فاذا تم الاتفاق ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه لم نكن

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا يعنى ذلك أنه نقل ملكية المحصولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضمانا للأجرة ووكله فى بيعها ليستوفى الأجرة منها ، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دائنى المستأجر على هذه المحصولات بدعوى أن ملكيتها انتقل اليه «استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٠٧» الوسيط، هامش ص ٩٣٩.

(٢) الوسيط، ص ٩٤١.

بصدد وفاء بمقابل اذ لانكون هنا أمام وفاء للالتزام ، وإنما أمام اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاما جديدا بالالتزام الأصلي وهذا هو التجديد(١).

فاذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن ، وإذا كان المقابل سيارة وجب تعينها بالذات أو كان دار أو أرضا وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن.

وقد قضى تطبيقا بأن الوفاء بمقابل لايمكن أن يتم عن طريق الوصية بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائما . ولاتنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصى(٢).

كذلك لايتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذى سلمه وفاء لدينه(٣).

---

(١) أ.د. عبد كالمنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٤ ، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣١ ، أ.د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤٠٣ ، أ.د. جلال العدوى، ص ٩٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١ ، مجموعة عمر ٤ ، رقم ٣٨ ، ص ٩٥ ، أ.د. السنهورى، جـ٣، ص ٩٤١.

(٣) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨م ، رقم ٤١، ص ٧٩.

المبحـــــث الرابع

الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى والقـــانون المــدنى المصــرى

الوفـاء بأداء العـوض فى الفـقـه الإسـلامى يتـرتب عليـه انقضـاء الالتـزام الأصلى الذى كـان المدين ملتـزمـا بـه قـبل الدائن وهذا يتطلب وجـود اتفـاق بين الدائن والمدين على مبدأ الاستعـاضة أو الوفاء بالقيـمة بمعنى استبدال محل الوفـاء الأصلى بمحل آخر والتـقابض فى مجلس العـقد كما ذهب إليه جمهـور الفقهاء.

والفقه الإسلامى يجرى على استبدال أحكام عقد البيع الخاصة من حيث شروط الصحة ., وهذا واضح عند المالكية والحنفية والحنابلة(١).

فاذا كان استبدال نقد بنقد فهو صرف وإذا كان نقد بعرض أو عرض بنقد أو عرض بعرض فـهو بيع وإذا كـان عـرض أو نقد بمنفعـة فـهو اجارة ويشـترط لصحة الاستبدال ما يشترط لصحة هذه العقود.

وفى القانون المدنى المصرى:

الواقع أن الوفاء بمقابل عـملية مركبة يختلط فيها الوفاء بالتجديد بالبيع أو المقايضـة بحيث نكون أمام عـقد مخـتلط تسرى عليـه أحكام التـصـرفـات الممتزجة فيه.

---

(١) جاء فى قوانين الأحكام الفقهيـة، ص ٣٦٦: «الصلح على نوعين الثانى منهمـا "صلح على عوض فهذا يجوز إلا أن ادى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به"».

ونصت المادة ١٠٣٠ من مرشد الحيـوان: «لو كان المدعى به عينا معـينة دارا أو أرضـا أو عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع».

ونصت على ذلك ايضـا م ١٦٢٦ من مجلة الأحكام الشرعـيـة على مذهب الإمام احمد بن حنبل».

فالوفاء بمقابل يتضمن:

تجديدا للالتزام بتغيير المحل ، ولذا ينقضى الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات شخصية أو عينية ولو استحق الشئ المعطى للوفاء فى يد الدائن.

ولهذا نص المشرع المصرى فى المادة ٧٨٣ على أنه: «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ»[١].

ومن ثم فان الوفاء بمقابل ينهض تكييفه على فكرة البيع والوفاء ، فهو بيع فيما يتعلق بنقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن كما يعتبر وفاء من حيث أنه يؤدى إلى انقضاء الدين.

ولقد ذهب المشروع التمهيدى من اعتبار الوفاء بمقابل بيع اذ نص فى المادة ٤٤٨: «يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابله الدين أحكام البيع أو بالاخص ما يتعلق بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ويسرى عليه من حيث أنه يقضى ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما يتعلق منها باحتساب الخصم وانقضاء التأمينات»[٢].

وهذا ما قررته محكمة النقض: «الوفاء بمقابل فى حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أحكامه وهى الرضا والمحل والسبب ، فالشئ الذى اعطى للوفاء يقوم مقام المبيع والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه وفى هذه الحالة ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع[٣].

---

(١) أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، من المادة ٢٦٥ ، ٤١٧ مطبعة احمد مخيمر ، التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ، محمد كمال عبد العزيز، ص ١٠٢٥ سنة ١٩٨٠م الجزء الأول فى الالتزامات مؤسسة روزا ليوسف.

(٣) نقض مدنى ١٩٤٤/٥/١٨ ط فى ٢٥ سنة ، ص ٢٨٠ ، التعليف على نصوص (=)

والوفاء بمقابل لايتحقق إلا باتفاق الطرفين:

وهذا ماقررته محكمة النقض فى حكم لها: «وفاء الدين بغير طريقة دفعها نقدا يجب أن يكون حاصلا باتفاق الطرفين "الدائن والمدين والمتعاقدين"».

وأن يكون فوق ذلك منجزا نافذا غير قابل للعدول عنه .. فاذا كان الوفاء المدعى به هو من طريق الوصية بغير اتفاق بين الموصى والموصى له الذى يدعى الدين فان هذا التصرف الذى هو بطبيعته قابل للعدول عنه فى حياة الموصى لايتحقق به شرط الوفاء بالدين قانونا وعلى ذلك فإذا رفع الوارث الموصى دعوى بطلان الوصية بأن الوصية لم تكن تبرعا بل كانت بمقابل هو وفاء الديون التى كانت على الموصى(١).

أما المحل فيشترط فيه شرطان:

أولهما: أن يكون شيئا غير داخل فى نطاق الالتزام الأصلى ومن ثم لاينطوى الالتزام التخييرى أو البدلى على الوفاء بمقابل.

وثانيهما: أن يكون ناقلا لملكيته أى إعطاء شئ فلا يجوز أن يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل وهذا مانصت عليه المادة ٣٥١.

ولكن لما كان الالتزام الجديد هو الالتزام باعطاء شئ فى مقابل الدين(٢) يمكننا بالتالى أن نتصور الآثار الآتية ، بحكم العلاقة بين الدين الذى قدم الشئ عوضا عن الأداء الأصلى من ناحية والدائن الذى استوفى العوض بانتقال ملكية الشئ إليه.

(=) القانون المدنى، المستشار أنور طلبة، جـ١، ص ٤٤٧ ، النظرية العامة للالتزام أ.د. عبد المنعم فرج الصدة، ص ٢١٤.

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٤٣/٤/١ ، مجموعة القضاء المدنى فى ٢٥ سنة ص ٢٨٠.

(٢) أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٧.

١- أحكام ضمان الاستحقاق بين البائع والمشترى: وعليه فلو استحق الشئ من يد الدائن نتيجة التعرض القانونى له بادعاء الغير أن له حقا عليه ، كان له كما لو كان مشتريا - الرجوع على المدين بالتعويض كما لو كان بائعا ، وفقا لأحكام هذا النوع من الضمان التى نص عليها المشرع فى المواد ٤٣٩ - ٤٤٦.

كما أنه إذا ظهر فى المقابل عيب خفى فان رجوع الدائن يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية.

٢- أهلية المتعاقدين: لقد تقدم أنه لايشترط فى المدين أن تتوافر فيه أهلية الوفاء فحسب بل أيضا أهلية التصرف ، وكذلك يشترط فى الدائن أهلية الالتزام[١] اللازمة لابرام العقد كما يتعين أن تخلو ارادة الطرفين من عيوب الرضا.

ويلاحظ بالنسبة لفرض الاستحقاق الذى نعالجه أن الدائن وقد استحق معه الشئ لايمكنه أن يطالب المدين بالدين مرة أخرى .إذا الدين قد انقضى هذا من ناحية.

كما لايمكنه من ناحية أخرى المطالبة بنفس الشئ إذ يستحيل على المدين أن يرده إليه وهو مملوك للغير.

لذا قلنا أن الدائن لايرجع على المدين إلا بتعويض.

ب- تحكم العلاقة بين المدين والدائن ما ينظم علاقة البائع والمشترى بخصوص ضمان العيوب الخفية فلو ظهر من الشئ الذى رضى به للدائن مقابل عيب خفى كان له أن يرجع بضمان العيوب الخفية وفقا لأحكام ضمان العيوب الخفية فى البيع فى القانون المدنى المصرى «المواد ٤٤٧ - ٤٥٠»[٢].

---

(١) الوسيط، للسنهورى، جـ٣، ص ٩٤٩.

(٢) أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٣٣ ، ٣٣٤.

أما من ناحية خضوع الوفاء بمقابل لأحكام الوفاء:

لما كان يترتب على الوفاء بمقابل الالتزام بالوفاء تعين الرجوع إلى أحكام الوفاء فى هذا الشأن ويترتب على ذلك ما يأتى:

١- تنقضى التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى الذى انقضى بتمام الوفاء بمقابل إذ الفرع يتبع الأصل.

٢- إذا كانت هناك ديون متعددة بين الدائن والمدين وجب مراعاة قواعد احتساب الخصم «م ٣٥١»(١).

٣- إذا ثبين أن الدين غير موجود اتبعت احكام الوفاء ، بمعنى أنه يكون للموفى أن يسترد ما أوفاه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق.

٤- يخضع الوفاء بمقابل من حيث الطعن بالدعوى البوليصية لأحكام الوفاء باعتبار أنه وفاء فاذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين اصلا للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين، وكذلك لايسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل(٢).

---

(١) المرجع السابق، ص ٣٣٥ ، أ.د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤٠٦ ، أ.د. جلال على العدوى، ص ٩٦ ، ٩٧.

(٢) أ.د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢، ص ٣٦٩ ، السنهورى، جـ٣، ص ٩٤٧ وما بعدها ، أ.د. فتحى عبد الرحيم، ص ٣٧٠ ، استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٢م ، ك ٢٤، ص٢٨٧.

الفصل الرابع

اتحاد الذمة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

الفصل الرابع

اتحاد الذمة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مضمون اتحاد الذمة.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلـب الأول: تعريف اتحاد الذمة وبيان أهميته.
المطلب الثانى: طبيعة اتحاد الذمة.
المطلب الثالث: التمييز بين اتحاد الذمة وما يشبهه من نظم.

المبحث الثانى: الطرق التى يتحقق بها اتحاد الذمة.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلـب الأول: تحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث.
المطلب الثانى: تحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية.
المطلب الثالث: تحقق اتحاد الذمة عن طريق التصرف بين الأحياء.

المبحث الثالث: الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة.

ويشتمل على مطلبين:

المطلـب الأول: الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة مابقى السبب الذى أدى إليه قائما.
المطلب الثانى: مايترتب من أثر على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة.

المبحث الأول

مضمون اتحاد الذمة

المطلــب الأول

تعريف اتحاد الذمة وبيان أهميته

ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: تعريف اتحاد الذمة.
الفرع الثانى: أهمية اتحاد الذمة.

وأتحدث فيما يلى عن هذين الفرعين:

الفـــرع الأول

تعريف اتحاد الذمة فى الفقه الإسلامى والقــانون المــدنى المصــرى

اتحاد الذمة هو اجتمـاع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة لنفس الدين ، على نحو يستحيل معه المطالبة بالدين لاستحالة مطالبة الشخص نفسه.

لأن معنى الاتحاد هو: أن تصبح الذمتين ذمة واحدة وهذا لايكون إلا فى العدد من الإثنين فصاعدا[١].

وغـالبا مـايتحقق اتحاد الذمـة بالوفـاء ، ولكن يتصـور أيضـا تحـقـقـه حال الحيـاة.

فـمن المسلم به أن الدين لاينشـأ إلا اذا تعـددت الذمم فـلا بد وأن يكون

(١) التعريفات للجرجانى، ص ٨ ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة.

هناك ذمتان على الأقل ، ذمة دائنه واخرى مدينة لها ، أى دائن ومدين.

ومتى زال هذا التعدد باجتماع وصف الدائن والمدين فى ذات الشخص بطلت الديون وتلاشت لفقد أحد عنصرى المديونية وهى الذمة الأخرى[١].

وصورة ذلك:

أن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن ثم يموت الدائن فيصبح الوارث مالكا للدين ، أو بعبارة أخرى يجتمع فيه صفتا دائن ومدين[٢].

فيلزم انقضاء الالتزام لعدم الفائدة.

فاذا كان زيد مدينا لأخيه شقيقه بكر بمبلغ ألف جنيه مصرى «مثلا» ثم مات بكر الدائن وليس له وارث إلا أخوة زيد فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين وبذا يكون زيد مدينا ودائنا لحلوله محل الدائن المورث فاذا طالب بالدين فهو إنما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه وذلك لاتحاد ذمته فيسقط الدين لعدم الفائدة فى المطالبة[٣].

أما إذا كان المدين أحد الورثة أو بعضهم فان اتحاد الذمة يكون بالنسبة للمدين دون الآخرين وبذا فان اتحاد الذمة لايكون تاما وإنما هو على سبيل التبعيض.

أما إذا كان المورث هو المدين وكان الدائن هو الوارث الوحيد أو أحد الورثة فأنه لايتصور هنا اتحاد الذمة تبعا لنظرة الفقه الإسلامى التى تجعل الدين بعد وفاة المدين يتعلق بتركته قبل التوريث وفى حدودها ولايتعلق

---

(١) المقارنات التشريعية لسيد عبد الله، جـ٢، ص ٤١٢.

(٢) وهو من هذا الوجه يشبه المقاصة إلا أنهما يفترقان من حيث أنه يقع اجتماع الصفتين هنا بالنسبة إلى دين واحد وفى المقاصة فأن الشخص يكون دائنا ومدنيا فى دين آخر ، المدخل لفقه الإسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور، هامش ص ٧٠٩.

(٣) مذكرة مبتدأة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الاسلامى، أ.د. أحمد ابراهيم بك، ص ٢٢٧ ، ط ١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م والناشر، مكتبة عبد الله وهبة بمصر.

بالورثة.

وبذا لايتحقق اتحاد الذمة إذ الالتزام يتعلق بالتركة والحق يتعلق بالدائن وهما متغايران[١].

اتحاد الذمة فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية:

- نصت المادة ٣٥٩ من المشروع على ما يأتى:

١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدث فيه الذمة.

٢- ومع ذلك ، إذ أصبح الدائن وارثا للمدين ، فلا ينقضى الدين باتحاد الذمة بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين.

- ونصت المادة ٣٦٠ من المشروع على أنه:

«إذ زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن».

اتحاد الذمة فى القانون المدنى المصرى:

وقد خصص القانون المدنى المصرى نصا واحدا لاتحاد الذمة هو نص المادة ٣٧٠م التى تقرر ما يأتى:

١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدث فيه الذمة[٢].

---

(١) المدخل للفقه الإسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور، ص ٧٠٩.

(٢) وهذا النص وان أناد بعمومه وقوع اتحاد الذمة اما فى شخص المدين واما فى شخص الدائن(=)

٢- وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.

فاتحاد الذمة يتحقق عندما يجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين إلى دين واحد ، وهذا يفترض دين واحد يرث فيه الدائن المدين أو المدين الدائن.

أو أن يحدث أى تصرف قانونى آخر ينقل إلى الدائن صفة المدين أو إلى المدين صفة الدائن.

ومتى اجتمع فى شخص واحد صفتى الدائن والمدين فان الدين ينقضى.

ذلك لأنه لايستطيع أن يطالب نفسه بالدين.

ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى: «والواقع أن هذا الأثر أقرب فى حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى معنى الانقضاء فالالتزام يعود إلى الوجود ، إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة زوالا مستندا »[1].

(=) إلا أن نظام الارث عندنا وهو من نظم القانون العام يستمد أحكامه من الشريعة الاسلامية وهى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فلا يتعلق الدين بذمة الورثة.
المدخل للفقه الإسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور، هامش، ٧٠٩.

(١) النظرية العامة للالتزامات، د. عبد المنعم البدراوى، جـ٢ ، ص ٤١٠ ، الوجيز فى آثار الالتزام، د. محمد على عمران، ص ٢٦١.
مذكرات فى نظرية الالتزام ، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، د. أحمد سلامة، ص ٢٨٩.
النظرية العامة للالتزام، د. أنور سلطان، جـ٢، ص ٤٤١ ، سنة ١٩٦٣، ط دار المعرف.
أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦١.
دروس فى أحكام الالتزام، د. محمد لبيب شنب، ص ٤٤٥.
أحكام الالتزام، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى، د. جلال على العدوى، ص ١٠٩ بند ١١٩ سنة ١٩٨٩م.
مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣، ص ٢٩١ وأيضا من ص ٢٩٢ ، ٢٩٣.

ومن العرض السابق:

أرى أنه لاخـــلاف بين تعـريف اتحـاد الذمـــة فى المفـهـــومين الفـقـــهى والقانونى.

الأهمية المحدود لاتحاد الذمة:

تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى:

«ليس لاتحاد الذمة خظ موفور من الأهمية من الناحية العملية».

وقد أغفله التقنين الألمانى ولو أنه أقره بطريق ضمنى ذلك لأن واضعى هذا التقنين اعتبروه سببا طبيعيا لانقضاء الالتزام من حيث هو حتمى تقتضيه طبيعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الشخص الواحد.

وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزاما على جوهر الالتزام ذاته.

وهناك سبب آخر فى مصر:

يجعل اتحاد الذمـة محدود الأهميـة من الناحيـة العمليـة ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق أكثر ما يتحقق عن طريق الميراث وله صورتان:

الصورة الأول:

حيث يرث المدين الدائن فتكون التركة هى الدائنة للمدين ويرث المدين هذا الحق الذى للتركة فتتحد الذمة فى الدين.

وهذا صحيح فى مصر لأن قواعد الفقه الإسلامى وهى التى تطبق فى الميراث - تقره فتنتقل إلى الورثة الحقوق التى للتركة.

الصورة الثانية:

حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هى المدينة للدائن والدائن هو الوارث.

وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامى أن تتحد الذمة فى الدين إذ أن الدائن لايرث الدين الذى على التركة فالديون لاتورث . ولاتركة إلا بعد سداد الدين.

فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد ديونها لهذا الدائن ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة مايبقى بعد سداد الديون فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة فى هذه الصورة.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى:

«ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية فى مصر جد ضئيل إذ أن الشريعة الإسلامية لاتقر أحد تطبيقية الرئيسين فقد أفرد له المشروع مادتين: «أدمجتا بعد ذلك فى مادة واحدة».

تناول فى أولاهما تحديد نطاقه واستظهر فى الثانية معنى الأثر المترتب عليه»[١].

وأشيد بنبذة بسيطة هنا عن الحقوق المتعلقة بالتركة، ومبدأ لاتركة إلا بعد سداد الديون. لبيان وجه نظر الفقه الإسلامى فى تطبيقات اتحاد الذمة.

كلمة موجزة
عن الحقوق المتعلقة بالتركة ومبدا
لاتركة إلا بعد سداد الديون

اولا: تعريف التركة لغة:

بفتح التاء وكسر الراء مصدر بمعنى المعقول ترادف التراث، فتركة الميت تراثه المتروك أو هى ما يتركه الشخص ويبقيه[٢].

---

(١) السنهورى، جـ٣، المجلد الثانى، ص ١١٠٣ ، ١١٠٤ دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٤م ، تعليقات على التقنين المدنى، جـ١، ص ٥٥١. المدخل للفقه الإسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور هامش، ص ٧٠٩.

(٢) العذب الفائض، جـ١، ص ١٣.

وفى الاصطلاح:

هى مايتركه الميت مما كان مملوكا له حال حياته من أموال وحقوق.

وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء(١).

فنتناول التركة عندهم العقارات والمنقولات والأعيان التى تعلق بها حق للغير كالعين التى رهنها الميت وسلمها للمرتهن فى حياة الراهن كما تتناول الديون غير العينية وهى التى تتعلق بالذمة ولا تتعلق بعين المال.

أما الحنفية: فالمشهور عندهم أن التركة هى مايتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير بعينة أو من الحقوق المالية المحضة أو التابعة للمال.

فلا تدخل فى التركة عندهم الحقوق التى لاتكون مالا ولافى حصتى المال كحق الخيار ، ولا الأموال التى تعلقت بها الديون العينية كالعين التى رهنها الميت وسلمها للمرتهن فقد تعلق بها حق المرتهن فى حياة الراهن وكل ما كان كذلك مما تعلق به حق الغير ، لأن حق الغير قد تعلق قبل صيرورته تركة وما فضل بعد ذلك فهو التركة(٢).

ويهمنا هنا أن نشير إلى أن الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى يعتبر أن شخصية الوارث مستقلة تماما عن شخصية المورث.

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى بأن: «المعول عليه فى القضاء المصرى هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من حيث اعتبار شخصية الوارث مغاير لشخصية المورث»(٣).

---

(١) التعريفات للجرجانى، ص ٥٦، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٦٣ ، أحكام المتركات والمواريث لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٤٧ وما بعدها، مطبعة مخيمر.

(٣) نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة القواعد القانونية، جـ١، ص ٢٤، رقم١٢.

وقانون المواريث الصادر فى سنة ١٩٤٣ م والمستمد من الشريعة الإسلامية يقرر انتقال أموال التركة إلى الوارث بقوة القانون دون حاجة إلى أى اجراء آخر ولا يستطيع الوارث أن يتخذ موقفا يحول دون هذا الانتقال.

وإذا كانت أموال التركة تنتقل إلى الوارث بمجرد موت المورث - إلا أنها تكون محملة بحقوق دائنى المورث بحيث ينحصر ضمان هؤلاء الدائنين فى تلك الأموال ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة ولو كانت أموال التركة لاتكفى للوفاء بديونهم.

وانحصار ضمان دائنى المورث فى أموال تركته على هذا النحو إنما يرجع إلى الفصل بين شخصية الوارث وشخصية المورث.

إذ لو اعتبر شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث لاستطاع الدائنون أن ينفذوا بديونهم على أموال الوارث الخاصة(١).

وقت انتقال التركة:

من المقرر أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة.

وقد اتفق الفقهاء على أن التركة الخالية من الديون تنتقل ملكيتها للورثة من وقت وفاة المورث(٢).

أما إذا كانت التركة مدينة ، فقد اختلفت المذاهب فى تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة أتبتدئ عقب الوفاة ، أم تبتدئ بعد سداد الديون.

---

(١) الحقوق العينية الأصلية - دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٧٣٢ ، ط ١٩٧٤. شرح القانون المدنى الجديد، أ.د. كامل مرسى، جـ٣، ص ١٣.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٦٦ ، شرح الخرشى، جـ٥، ص ٤٣٨ ، المهذب، جـ٢، ص ٢٦، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٧، ص ٥ ، أحكام التركات والمواريث لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٩.

١- عند الحنفية:

يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستفرقا للتركة أو غير مستفرق فان كان مستغرقا تبقى أموال التركة على ملك الميت ولاتنتقل إلى ملك الورثة فاذا ما صفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شئ لأن الدين مستفرق لها.

وأما إذا كان الدين غير مستفرق فالراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة مع تعلق الدين بهذه الأموال ، وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لاتنتقل فى هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفى لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة[١].

٢- مذهب المالكية: وبعض فقهاء الحنفية والحنابلة[٢]:

إلى أن أموال التركة تبقى على حكم ملك المتوفى إلى أن يسدد الدين فاذا ما سدد انتقلت التركة إلى الورثة من وقت السداد . سواء كانت التركة مستفرقة بالدين أو غير مستفرقة فلا يتملك الوارث من أموال التركة إلا ما يفيض منها بعد سداد الديون.

فان كانت التركة غير مستفرقة بالدين انتقل إلى الوارث ما يبقى بعد سداد الدين.

وإن كانت التركة متفرقة بالدين لاينتقل إلى الوارث منها شئ.

ويستند أصحاب هذا المذهب إلى القاعدة الشرعية أنه: «لاتركة إلا بعد سداد الدين».

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٧٠ ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام، جـ٤، ص ١٤٢٧ وما بعدها ، حاشية السراجية للفتاوى، ص ٤٠ ، ٤١ ، المبسوط، جـ٢٩، ص١٣٧.

(٢) الخرشى، جـ٥، ص ٤٣٩ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٧٠ ، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٧، ث ٩.

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[١].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الوارث لايحصل على أى نصيب من التركة إلا بعد سداد الديون . لأن التركة فى هذه الحالة تكون مشغولة بحاجة الميت وهى إبراء ذمته من ديونه بأدائها من تركته ، وعبارة الآية الكريمة مطلقة فلم تفرق بين تركة مستغرقة وغير مستغرقة.

وذهب الشافعية والحنابلة فى أشهر الروايتين[٢]:

إلى أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقا لها.

واستدلوا بما يلى:

أولا: قال رسول الله -ﷺ- من ترك حقا أو مالا فلورثته»[٣].

وجه الدلالة من الحديث:

هذا الحديث عام فيتملك الورثة حقوق المورث مدينا أو غير مدين وسواء كان الدين مستغرقا لتركته أو غير مستغرق.

ثانيا: أن الميراث طريق من طرق التملك والموت سببه فيجب أن يتحقق التملك بمجرد الموت ، إذ الأمور لاتتراخى عن اسبابها إلا إذا وجد مانع من ذلك، ولا يعد وجود الدين متعلقا بأموال التركة مانعا من تملك الورثة لها كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين ومثال تعلق الدين بالتركة كمثل الرهن ، فتعتبر التركة كأنها مرهونة ضمانا للدين ، إلا أن الرهن هذا مفروض من قبل

---

(١) سورة النساء آية، رقم ١١.
(٢) المهذب، جـ٢، ص ٢٩ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٧، ص ٩.
(٣)

الشارع ، فهو يختلف من هذه الناحية عن الرهن المعتاد الذى ينشأ من قبل المالك.

ثالثا: أنه لو تأخرتملك الورثة أموال التركة إلى مابعد وفاء الدين فلا تنتقل تلك الأموال إلا إلى من يكون وارثا فى هذا الوقت دون غيره لأنه وقت الاستحقاق والتملك ، ومن ثم لايرث من يتوفى من الورثة بعد موت المدين وقبل وفاء دينه ، ويستحق الميراث من قام به سبب مانع من الإرث حين الوفاة ولكنه زال بعدها وقبل سداد الدين ، وهذا يخالف ماانعقد عليه الإجماع فيكون باطلا شرعا.

وقد أيد جمهور الفقهاء المحدثين هذا المذهب وقالوا بانتقال التركة من المورث إلى الوارث فور موت المورث[١].

مناقشة أدلة المذهب الثالث:

يعترض على الاستدلال بالحديث الشريف «من ترك حقا أو مالا فلورثته» بأنه معارض بالأية الكريمة ﴿ **من بعد وصية يوصى بها أو دين** ﴾ حيث تدل على أن الوارث لاينال أى نصيب فى التركة إلا بعد سداد الديون.

وقد كرر سبحانه وتعالى هذا المعنى فى أربعة مواضع من هذه الآيات عقب بيان ما فرضه لكل وارث من نصيب فى التركة.

ويرد على هذا الاعتراض:

بأن الآية الكريمة لاتدل دلالة صريحة على أن تملك الوارث لايكون إلا بعد الوصية أو الدين فهى كما تحتمل هذا المعنى تحتمل أيضا تملك الوارث للتركة قبل إخراج الوصية وسداد الدين.

---

(١) أحكام التركات والمواريث للشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٣ وما بعدها ، مدى تعلق الحقوق بالتركة، بحث فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة، ص ١٦٩.

وأرى أن الراجح:

أن أموال التركة تبقى على حكم ملك المتوفى إلى أن يسدد الدين سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة لأن الآية الكريمة تفيد أن الأنصباء التى حددت للورثة لاتخلص لهم خلوصا تاما إلا بعد تنفيذ الوصية من التركة وسداد الدين منها وهذا المعنى مستفاد أيضا من القاعدة الشرعية «لاتركة إلا بعد سداد الديون».

وقت انتقال التركة من المورث إلى الوارث فى القانون المصرى:

أخذ القانون برأى الشافعية والحنابلة فى أشهر الروايتين:

القائل بأن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها سواء كان الدين مستغرق للتركة أو كان غير مستغرقا لها.

وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون المواريث الصادر فى سنة ١٩٤٣ إذ نصت على أن: «يستحق الارث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى».

واستند المشرع المصرى فى ذلك إلى أن الميراث سبب من أسباب كسب الملكية فتنتقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها والميراث يكون بموت المورث ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى تبعى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها وإذا كانت القاعدة أن الحق العينى التبعى لا يقبل التجزئة فإن على هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل

---

(١) الوسيط، جـ٩، ص ٩٥ ، ٩٧ ، مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية، أ.د. اسماعيل غانم، جـ٢، ص ١٥٨ سنة ١٩٥٨م.

للتجزئة ويكفى أن يبديه البعض ليفيد منه باقى الورثة[(١)].

ويستفاد من نصوص القانون المدنى المصرى:

أن أموال التركة تنتقلب مجرد موت المورث ولكن تتعلق بها حقوق الدائنين فهى تنتقل محملة بحق عينى تبعى لصالح الدائنين ، هو بمثابة رهن ، ولم يفرق القانون المدنى المصرى بين تركة مستغرقة بالدين وأخرى غير مستغرقة[(٢)].

فتنص المادة ٩١٤ مدنى مصرى على أنه: «إذ لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة جاز لدائنى التركة العادين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون».

مبدأ لاتركة إلا بعد سداد الديون:

فى الفقه الإسلامى قاعدة معروفة تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون ومعنى هذه القاعدة كما هو مشهور فى الفقه الإسلامى أن ديون التركة لاتنتقل إلى الورثة كما تنتقل حقوقها وأن التركة لاتنتقل إليهم إلا خالصة من الديون، فإذا مات المورث عن دين فى ذمته بقى الدين فى التركة ولاينتقل إلى ذمة الوارث ، ويكون لدائنى التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموالها حتى لو تصرف فيها الوارث هذا إذا لم يقم الأخير بسداد الديون وليس لدائنى التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية فالتركة وحدها هى المسئولة عن ديونها ولاتختلط بأموال الوارث.

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام محكمة النقض. مشار إليه فى الحقوق العينية الأصلية ، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٧٣٧ هامش ١ ط سنة ١٩٧٤م.

(٢) الحقوق العينية الأصلية، أ.د. عبد المنعم الصدة، ص ٧٤٩.

فديون التركة تتعلق بالمال بعد الموت:

لأن المسئولية عن الديون اذا كانت فى حال حياة المدين تتخذ طابعا شخصيا وعينيا فى وقت واحد معا ، وذلك لوجود الذمة وتعلق الدين بها.

فان المسئولية بعد الحياة تتحول من الذمة وتتعين في أموال التركة فالتعلق بالتركة إنما يحدث بعد طرؤ أسباب العدول عن التعلق بالذمة فتنصرف المسئولية إلى المال ، وتتسلط على ما هو داخل ملك المدين من عقار أو منقول(١).

وذلك لأن المال إنما هو خلف عن الذمة فى الحقوق التى تقضى بالمال(٢).

ولأن الذمة ثابتة للانسان بكونه مخاطبا متحملا أمانة التكليف من الله عز وجل ، وبالموت خرج عن أهلية الخطاب والتحمل ، فلم تبق ذمته صالحة لوجوب الحقوق في أحكام الدنيا كما أن ثبوت الدين وعدم جواز مطالبة غيره فلم يبق إلا أن ينصرف الضمان إلى أمواله.

ويظهر من خلال عبارات الفقهاء فى المذاهب المختلفة أن الديون بعد الموت تتعلق بمال المدين لتستوفى منه(٣).

وبعض الفقهاء: يقولون بتعلق الدين بذمة الميت حتى بعد موته.

(١) بدائع الصنائع، جـ٧، ص ٢٢٦.

(٢) كشف الأسرار، جـ٤، ص ١٤٣١.

(٣) **فى المذهب الحنفى:** جاء فى شرح العناية على هامش تكملة الفتح، جـ٧، ص ٣: «يتعلق الدين بالمال عند الموت لخراب الذمة».

وفى المذهب المالكى: يقول ابن رشد فى بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٧٢: «الديون بعد الموت تكون مضمونة فى التركة خاصة لا فى الذمم»

وفى المذهب الشافعى: ورد فى مغنى المحتاج، جـ٧، ص ١٤٤: «ومن مات وعليه دين يتعلق بتركته».

وفى المذهب الحنبلى: يقول ابن قدامة فى المغنى، جـ٤، ص ٤٨٦: «بالموت يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله».

وفى المذهب الظاهرى: يقول ابن حزم فى المحلى، جـ٨، ص ١٧٤: «الإنسان بالموت يبطل حكمه على ماله لتعلق حقوق الغرماء به».

وأعرض لذلك فيما يلى:

الحنفية والشافعية:

يقولون بأن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت[١]. ولكن بشرط أن تتقوى بتركة أو كفيل. لأنه فى هذه الحالة يكون هناك ضمان للدين يكفل سداده ومتى وجد هذا الضمان أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته.

ففى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل ، أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلا بالدين : فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به ، ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين.

ولاشك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد مجاز قانونى لايطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصبغة القانونية[٢].

وذهب المالكية:

إلى أن الذمة لاتبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها والدين يتعلق بالتركة نفسها لابذمة الميت فاذا مات المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله[٣].

أما الحنابلة:

فمنهم من قال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية.

(١) شرح العناية على هامش تكملة الفتح، جـ٧، ص ٣ ، حاشية ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٦٣ ، المهذب، جـ٢، ص ٢٨ ، مغنى المحتاج، جـ٧، ص ١٤٤.

(٢) الوسيط للسنهورى، جـ٩، ص ٩٧.

(٣) الخرشى، جـ٥، ص ٤٣٨ ، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٧٢.

ومنهم من قال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لابذمة الميت وهو مذهب المالكية.

وهناك رأي ثالث فى المذهب الحنبلى يذهب إلى أن الدين لايتعلق بذمة الميت ولا بالتركة وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن فى حدود ما يتركه الميت من أموال[١].

فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث فمن العدالة والمنطق أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث فى حدود ماانتقل إلى ذمته من الحقوق.

ورغم اختلاف الفقهاء فى مسألة انتقال ديون التركة: إلا أنهم متفقون على أن دين الميت يستوفى مما يتركه الميت من أموال فتصبح تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه ، والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لابذوات أعيانها إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات.

ويتبين من نصوص التقنين المدنى المصرى وقانون الشهر العقارى المقررة لحماية دائنى التركة أنها تتفق مع الرأى الأخير فى مذهب الحنابلة.

ومن ثم يكون انتقال التركة من المورث إلى الوارث بما لها من حقوق وما عليها من ديون[٢].

الحقوق التي تنتقل إلى الورثة:

واختلف عبارات الكتب فيما يبدأ بة منها اختلافا مبنيا على المراد بها:

أولا: إن فسرت بأنها هى ما يتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق

---

(١) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة، جـ٧، ص ٦.

(٢) الوسيط، ص ٩٧ ، ١٠١ فقرة ٣١.

الغير بعينه . فبناء على هذا التفسير يقال: يبدأ من التركة بتكفين الميت وتجهيزه.

ثانيا: إن فسرت بأنها هى مايتركه الميت من الأموال مطلقا . أى الأموال التى لم تتعلق بأعيانها حقوق لأحد حال حياة مالكها ، والأموال التى تعلقت بها حقوق حال الحياة فبناء على هذا التفسير يقال: يبدأ من التركة بتقديم كل حق للغير تعلق بعين من أموال الميت حال حياته.

ولاشك أن رقاب تلك الأموال التى تعلق بها حق الغير حال الحياة مملوكة لمالكها ، وليس لذى الحق إلا اليد عليها فقط.

ولقد اتفق الفقهاء على أنه أول ما يبدأ به على الإطلاق هو قضاء الديون التى تعلقت بأموال المتوفى قبل موته.

فللوصى أو الورثة إيفاء تلك الديون من بعض مال التركة كان يكون فيها نقود مثلا فتوفى الديون منها.

وإن شاء الوارث وفاها من مال نفسه واستخلص الأعيان المحبوسة بها.

وإلا فلصاحب الحق أن يطلب بيع العين التى تعلق بها حقه ليستوفيه من ثمنها وذلك كالمال المرهون.

والمبيع المحبوس بالثمن إذا مات المشترى قبل الأداء ، فان لم يكن على التركة ديون تعلقت بأعيانها كلها أو بعضها حال الحياة أو كانت وفيت وخلصت منها التركة.

ابتدئ بتكفين الميت وتجهيزه إلى مقره الأخير من هذه الحياة الدنيا بما يليق بأمثاله بلا تبذير ولاتقتير على وفق ما جاء به الشرع ، ثم تقضى ديونه التى لم تتعلق بأعيان ماله حال حياته، بل تعلقت بذمته فقط.

ويقدم دين الصحة منها على دين المرض ثم تنفذ وصاياه التى استوفت

شروطها الشرعية[١]. ثم يقسم الباقى بين ورثته الشرعيين.

فالأموال التى يتركها المتوفى لاتخلو حالها من أحد أمرين:

الأول: أن يتعلق بها حق لغيره حال حياته.

الثانى: أن لايتعلق بها ذلك الحق.

فان كان الأول كالشئ المرهون كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء.

ومعنى ذلك أن المرتهن يستوفى دينه أو لا من ثمنه . وإن كان الثانى فهناك حقوق أربعة مرتبة أى مقدم بعضها على بعض.

الأول : التجهيز وهو فعل مايحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين دفنه ويخرج من كل ماله بلا إسراف ولاتقتير.

الثانى: قضاء دينه الذى له مطالب من جهة الخلق فيخرج من ماله بعد التجهيز.

الثالث: تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقى بعد التجهيز وقضاء الدين لامن ثلث كل المال.

الرابع: الإرث. فيقسم الباقى بعد الحقوق المتقدمة على الورثة الذين ثبت ارثهم بالكتاب أو السنة أو الإجماع[٢].

---

(١) إذا كانت الوصية لوارث توقفت على إجازة باقى الورثة الذين تتأثر انصباؤهم من التركة بالوصية ، وإذا كانت لغير وارث نفذت من الثلث بعد ايفاء جميع الديون بدون توقف على الاجازة.
وأما فيما زاد على الثلث فإن كان هناك وارث يحوز التركة كلها فرضا ورد أو تعصيبا أو لكونه من ذوى الأرحام فإن النفاذ فى الزائد يتوقف على إجازته وإن كان الوارث أحد الزوجين أخرج الثلث أولا ثم يأخذ الموجود منهما نصيبه من الباقى ثم تكمل الوصية انوفى الباقى بها ، وإن لم يكن للمتوفى وارث أصلا نفذت الوصية كلها وقدمت على بيت المال.
وبالجملة فكل مستحق التركة مقدمون على الموصى له بما زاد على الثلث «فى المقدار الزائد» ما عدا بيت المال.
أحكام الوقف والمواريث ، المواريث وأحكامها على مذهب أبى حنيفة -رضى الله عنه- أحمد ابراهيم بك، ص ٤٥٣، سنة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

(١) المرجع السابق، وأحكام التركات والمواريث لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٤٧ وما بعدها.

المطلب الثانى

طبيعة اتحاد الذمة

اتحاد الذمة وسيلة لقضاء الدين من غير أن يؤدى المدين ما عليه لعدم فائدته لوجود مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين . فلا يستطيع الإنسان أن يطالب نفسه فتسقط المطالبة.

أما الدين فيبقى موجودا فاذا زال السبب الذى أدى إليه عاد الدين إلى حالته الأولى بأثر رجعى مع ملحقاته ، كأن يظهر وارث للتركة أقرب منه إلى الميت أو يظهر وارث آخر فى مثال الإرث.

فان الدين يعود إلى حالته فى الحالة الأولى أو تعود المطالبة فى حدود ما يستحقه الوارث الجديد فى الحالة الثانية.

ولقد عرف الفقه الإسلامى اتحاد الذمة وذلك من خلال الصورة المختلفة التى نشاهدها فى كتب الفقه.

وقد نص القانون المدنى المصرى على اتحاد الذمة باعتباره وسيلة متميزة من وسائل انقضاء الدين.

والرأى الراجع: فى تحديد طبيعة اتحاد الذمة فى القانون المدنى المصرى:

أنه ليس سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، بل هو مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين ، أى مانع معطل لعنصر المسئولية ، بدليل أنه لو فرضنا أن دائنا أوصى لمدينه بماله فى ذمته بمقتضى وصية قابلة للبطلان.

---

(١) المغنى لابن قدامة، جـ٦، ص ٤٨ ، نهاية المحتاج، جـ٦، ص ٢٩٩ ، الأم، جـ٤، ص ٩٤ ، المقارنات التشريعية لسيد عبد الله، جـ٢، ص ٤٩٢ ، جامع الفصولين وبهامشه اللآلى الدرية، جـ١ ، ص ٥٢ ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦١ ، ٣٦٢.

فابطال هذه الوصيـة يعيد الدين الموصى به إلى الوجود بعد أن انقطع حق المطالبة به على سبيل التوقيت[١].

(١) أحكام الالتـزام، د. أنور سلطان، ص ٤٤٢ ، الموجـز للدكتـور السنهـورى، بند ٥٩٥، د. اسماعيل غانم، بند ٢٩٨.

المبحث الثانى

الطرق التى يتحقق بها اتحاد الذمة

تضمنت كتب الفقه الإسلامى تطبقات لاتحاد الذمة وغالبا ما يتحقق اتحاد الذمة بالوفاء «الخلافة العامة».

ولكن يتصور أيضا تحققه حال الحياة . وأشير هنا إلى تطبيقات تضمنتها بعض كتب الفقه.

ومن خلال عرض هذه التطبيقات كما سيلى يتضح لى أن اتحاد الذمة يتحقق عن طريق:

١- الميراث.
٢- الوصية.
٣- التصرف الواقع بين الأحياء.

ويشتمل على:

١- الكفالة.
٢- الحوالة.
٣- الإجارة.

وفي القانون المدنى المصرى:

اتحاد الذمة كما يقع أثناء الحياة يقع أكثر بسبب الوفاة وكما يثور أمره فى نطاق الحقوق الشخصية ، يثور أيضا فى نطاق الحقوق العينية[1].

ويقول بعض رجال القانون بعد عرضه لأحكام اتحاد الذمة فى القانون المدنى المصرى: «ويتضح لنا من كل ماتقدم: أن اتحاد الذمة الذى تكلم عنه

(١) مذكرات فى نظرية الالتزام، أ.د. أحمد سلامة، ص ٢٨٩ ، ٢٩٠.

المشرع المدنى المصرى فى المادة ٣٧٠ لايختلف فى طبيعته وكيفية تحققه عن اتحاد الذمة كما عرفه الفقه الإسلامى بل إننا لانتردد فى القول بأن القانون قد أخذ أحكام انقضاء الالتزام باتحاد الذمة عن الفقه الإسلامى»(١).

فقد يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث أو الوصية.

وأتحدث عن الطرق التى يتحقق بها اتحاد الذمة فى ثلاثة مطالب كما يلى:

(١) أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون، د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٧٨ الطبعة الأولى، دار الفكر العربى.

المطلب الأول

تحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث

الإرث لغة : البقاء.

جاء فى القاموس المحيط: «الإرث بالكسر: الميراث ، والأصل ، والأمر القديم ، توارثه الآخر عن الأول ، والرماد والبقية من كل شئ»[٢].

وشرعا: اسم لما يرثه الناس من الأموال والحقوق.

والوارث - الباقى - وهو اسم من أسماء الله تعالى وسمى به الوارث من بنى الإنسان لبقائه بعد موت المورث.

وأركان الميراث ثلاثة هى:

١- **مورث:** وهو الميت المالك لمال أو حق من الحقوق كحق الشرب وحق الارتفاق.

٢- **وارث:** وهو الشخص الذى يصلح أن يكون خليفة عن الميت.

٣- **موروث:** وهو المال والحقوق التى تورث كحق الشرب وحق المسيل.

وشروط الميراث ثلاثة:

١- موت المورث حقيقة أو حكما.

٢- تحقق حياة الوارث حقيقة أو حكما.

٣- ألا يوجد مانع من موانع الميراث[٢].

---

(١) القاموس المحيط، للفيروز أبادى، باب الثاء، فصل الألف، ص ٢١٠ ، مؤسسة الرسالة، دار الريان للتراث.

(٢) أحكام التركات والمواريث للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٩٦ ، الإسلام عقيدة وشريعة للامام الأكبر محمود شلتوت، ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ط ثانية دار القلم، القاهرة.

واتحاد الذمة عن طريق الميراث هو أهم تطبيقات اتحاد الذمة:

فإذا مات الدائن وكان المدين وارثه الوحيد فان المدين حينئذ يحل محل مورثه فى ملك تركته فيصبح بذلك مدينا لنفسه فيسقط الدين فيلزم انقضاء الالتزام لعدم الفائدة.

أما إذا كان المدين أحد الورثة أو بعضهم فان اتحاد الذمة يكون بالنسبة للمدين دون الآخرين.

ولذلك فان اتحاد الذمة لايكون تاما وإنما هو على سبيل التعويض.

أما إذا كان المورث هو المدين وكان الدائن هو الوارث الوحيد أو أحد الورثة ، فانه لايتصور هنا اتحاد الذمة تبعا لنظرة الفقه الإسلامى التى تجعل الدين بعد وفاة المدين يتعلق بتركته قبل التوريث وفى حدودها ولايتعلق بالورثة نظرا لأن القاعدة الشرعية التى تنطق بأنه لاتركة إلا بعد سداد الديون تحول دون أن يرث الوارث ديون مورثه ، بل يتعين سداد هذه الديون أولا من التركة قبل انتقالها إلى الوارث.

وعلى ذلك إذا مات المورث مدينا لوارثه ، استوفى الوارث أولا دينه من التركة باعتباره دائنا ، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل إليه باعتباره وارثا.

وبناء على هذا لايتحقق اتحاد الذمة إذ الالتزام يتعلق بالتركة والحق يتعلق بالدائن وهما متغايران.

وفى هذه الحالة يستوفى الدائن حقه من التركة كغيره من الدائنين(١)

---

(١) المغنى، جـ٦، ص ٤٧ ، ٤٨ ، الفتاوى البزازية، جـ٢، ص ٩٤ بهامش الهندية، المدخل للفقه الإسلامى، د. محمد سلام مدكور، ص ٧٠٣ . ط ٤ ، سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م دار النهضة العربية، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٧٥ وما بعدها، السنهورى، بند ٥٦٣.

وبذلك ينقضى حق الوارث الدائن بالوفاء «لاتحاد الذمة» ثم يؤول إليه نصيبه فى التركة خاليا من الديون.

ورد فى قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى:

«إذا كان على أحد الورثة دين للمتوفى ، جمع مع سائر التركة وقسم المجموع على الفريضة فان صار للمدين من التركة مثل دينه أسقطت سهمه ودينه وقسمت باقى التركة على سائر الورثة.

وإن صار له أكثر من دينه أخذ الزائد من التركة وقسمت الباقى على سائر الورثة وإن صار له أقل من دينه أسقطت ما صار من دينه وتبعه سائر الورثة بالباقى على محاصتهم فيقسمون المال الحاضر على سهامهم دونه»[١].

وإذا أمعنا النظر فى هذا النص الفقهى: وجدنا اتحاد الذمة:

ويعنى اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة لنفس الدين وقد تحقق بالميراث فى حالة وفاة الدائن ووارثته من المدين. حيث يجتمع فى الأخير صفتا الدائن والمدين.

ويمكن شرح النص السابق فى فرضين على النحو التالى:

الفرض الأول:

إذا تعدد الورثة وكان المدين واحدا منهم هناك احتمالات ثلاث.

الاحتمال الأول: وفيه تكون قيمة الدين على المدين الوارث أكبر من حصته فى التركة . فينقضى دينه بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة وانقضاء الدين يكون جزئيا ويرجع عليه الورثة بالجزء الباقى.

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية تأليف محمد بن أحمد بن جزء الغرناطى المالكى، ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، دار العلم للعلامين ، بيروت.

الاحتمال الثاني: وفيه يكون قيمة الدين على المدين الوارث أقل من حصته في التركة . وينقضى دينه بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ومن ثم انقضاء الدين يكون كليا.

الاحتمال الثالث: وفيه تكون قيمة الدين على المدين الوارث مساوية لحصته فى التركة قيمة حيث نقضى الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة وعلى ذلك فالانقضاء كلى.

الفرض الثانى:

أن يكون المدين وارثا وحيدا.

ولاتثور فى هذا الفرض الاحتمالات التى سبق ذكرها فى الفرض السابق.

فالوارث اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين ، وهنا يرث المدين فيما يرثه حق الدائن فى ذمته فيصبح دائنا لنفسه فينقضى الدين باتحاد الذمة.

وذلك بغض النظر عن قيمة الدين وبغض النظر أيضا عما إذا كان الدائن المتوفى قد ترك أموالا أخرى إلى جانب حقه فى ذمة مورثه أيا كانت قيمتها[(١)].

ففى كل هذه الأحوال وما يتفرع عنها من احتمالات لايعقل أن يطالب الوارث نفسه.

والشافعية يتفقون مع المالكية فى مضى.

---

(١) المرجع السابق، والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، جـ١، ص ٥٣٦، ف ٢٦٥.

جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى:

«لايسقط من دين الوارث مايلزمه أداؤه من ذلك الدين لو كان لأجنبى وهو نسبة ارثه من الدين». إن لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم الورثة أداؤه منه إن زاد ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه منه على قدر حصصهم وقد يقضى الأمر إلى التقاضى إذا كان الدين لوارثين ، فاذا كان الوارث جائزا أولا دينا لغيره ودينه مساو للتركة أو أقل سقط وإن زاد سقط مقدارها ويبقى الزائد(١).

ونصت المادة ٣٥٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية . فى فقرتها الثانية: «إذا أصبح الدائن وارثا للمدين ، فلا ينقضى الدين باتحاد الذمة ، بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين».

وتعالج هذه الفقرة الفرض الذى يصير فيه الدائن وارثا لوفاة مدينه.

ومؤدى الحكم الوارد أن الدائن يحصل على الدين من التركة تطبيقا لقاعدة لاتركة إلا بعد سداد الديون ، ثم يحصل على نصيبه فى تركة المدين باعتباره وارثا.

ويلاحظ أن سبب انقضاء الدين ليس اتحاد الذمة ولكنه الوفاء.(٢)

وأورد الأستاذ مصطفى الزرقا: تحت القواعد الكلية:

القاعدة الثانية:

اليقين لايزول بالشك ، ومن الفروع المذكورة تحت هذه القاعدة «لاعبرة للتوهم».

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٢٢.

(٢) أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦٣.

والمراد بالتوهم:

الاحتمال العقلى البعيد النادر الحصول أو هو إدراك المعنى الجزئى المتعلق بالمحسوسات(١).

فهذا لايبنى عليه حكم ولايمنع القضاء ولايؤخر الحقوق ، فلو شهد الشهود بانحصار ارث المتوفى بوارث أو بورثة معينين وقالوا: «لانعلم له وارثا غيرهم».

ويقضى لهم بالارث ولا عبرة لاحتمال ظهور وارث آخر لأن ذلك موهوم فلا يعوق القضاء.

وكذلك لو أثبت الدائنون ديونهم على مفلس أو على تركته ، وقال الشهود: «لانعلم له غريما آخر يعطى المال للحاضرين وكذا أمر الشهود الثقات ، يعتمد على شهادتهم ويقضى بها ولاعبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم»(٢).

وفى القانون المدنى المصرى:

نصت المادة ١/٣٧٠م على: «إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة».

فاتحاد الذمة إذ يتحقق بواقعة الوفاة فاننا نكون أمام احتمال من اثنين. كما مضى.

الأول : إذا توفى الدائن وورثة المدين باعتباره وارثا وحيدا لاشخص غيره وارث.

---

(١) التعريفات للجرجانى، ص ٧١، الفيصلية، مكة المكرمة.

(٢) الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا ، المجلد الثانى، القاعدة تحت بند ٥٨٢«ح» ص ٩٧٥، سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.

هنا تنتقل كل حقوق الدائن إلى المدين ومنها حقه فى ذمة الأخير وينقضى الدين كليا باتحاد الذمة ، وذلك لأن الدائنية بل وبصفة عامة الروابط القانونية، تقتضى تعدد الأشخاص فاذا انتفى هذا التعدد ، تزول صفة الدائن والمدين ، إذ لايجوز أن يكون الشخص دائنا ومدينا لنفسه فلا يمكنه أن يطالب نفسه.

الثانى: كاذا تعدد الورثة وكان المدين واحد منهم وهنا لاينقضى من الدين باتحاد الذمة إلا القدر الذى يعادل حصة الدين الوارث.

فاذا ورث نصف الدين مثلا لوجود وارث تقاسم معه التركة انقضى نصف الدين باتحاد الذمة ، وبقى ملتزما بالنصف الآخر نحو الوارث الآخر.

مجال اتحاد الذمة فى القانون المدنى المصرى:

بينت مذكرة المشروع التمهيدى: أن اتحاد الذمة لايقتصر على الالتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها . بل يتناول كذلك الحقوق العينية ويسمى فى هذه الحالة "بالادغام" الذى يعرض فى مجال الحقوق العينية ، عندما يجتمع لشخص واحد حقين من الحقوق العينية[١].

اتحاد الذمة فى الحقوق العينية[٢] :

قد تتجرأ عناصر الملكية:

فيكون الانتفاع لشخص وملكية الرقبة تظل للمالك فاذا توفى مالك

---

(١) الاعمال التحضيرية، ج٣، ص ٢٩٢.

(٢) الحقوق العينية: تستمد الحقوق العينية ماهيتها وطبيعتها من طبيعة الأعيان أو الأشياء المادية التى ترد عليها.

فالحق العينى: هو الحق الذى يكون محله شئ مادى له قيمة مالية والذى يكون مضمونه التسلط على الشئ الذى يرد عليه أو على قيمته.

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وهى حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه (=)

الرقبة وورثة المنتفع ، زالت تجزئة الملكية بتجميع عناصرها في يد شخص واحد.

وكذلك الشأن في حالة حق الارتفاق[١] ، إذ خلف مالك أحد العقارين مالك العقار الآخر ، إذ ينقضي حق الارتفاق لاجتماع ملكية العقارين في يد مالك واحد.

وبالمثل ان كان هناك حق رهن حيازي[٢] ، أو تأميني أو حكر[٣] مقرر لشخص على عقار مملوك لآخر ثم خلف أحد الشخصين الآخر ، فان حق الرهن أو حق الحكر ينقضي باتحاد الذمة لأنه لايجوز أن يكون لشخص حق عيني آخر خلاف الملكية على مال مملوك له[٤].

(=) وحقوق عينية تبعية وهي حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، المراكز القانونية، أ.د. جلال على العدوى، أ.د. رمضان أبو السعود، ص ٢١٥ وما بعدها ص ١٩٨٨م.

(١) حقوق الارتفاق: وهي الحقوق المتفرعة عن الملكية - وهي حقوق تحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره بملكه شخص آخر ، ومن أمثلة حقوق الارتفاق حق المرور أو المجرى أو المسيل أو المطل المقررة لعقار على عقار مجاور له - حقوق الارتفاق في الشريعة الإسلامية والقانون المدني لاستاذنا الدكتور ابراهيم محمود الصالحي، رسالة دكتوراة، ص ٥٤ قسم الشريعة.

(٢) حق الرهن الحيازي: وهو من الحقو ق العينية التبعية ، وهو حق يتقرر بمقتضى الاتفاق على عقار أو منقول يسلم إلى الدائن أو إلى شخص آخر ضمانا لدين ، ويخول لصاحبه أن يحبس الشئ حتى يستوفى حقه وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقوقه من ثمن ذلك الشئ في أي يد يكون ، ويتميز هذا الحق بأن من جوهره نقل حيازة الشئ المرهون إلى الدائن أو إلى الغير.

(٣) حق الحكر: وهو من الحقوق المتفرعة عن الملكية وهو حق يخول لصاحبه البناء ، أو الغراس في أرض مقابل أجر المثل لمدة أقصاها ٦٠ سنة ، ولايتقرر ذلك الحق إلا على الأراضي الموقوفة.

(٤) النظرية العامة للالتزامات، أ.د. توفيق حسن فرج، جـ٢، ص ٢٥٣ ، أحكام الالتزام، د. جلال على العدوى، ص ١١٠، سنة ١٩٨٦م ، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٣٩، ٤٤٠ ، المراكز القانونية، أ.د. جلال على العدوى، أ.د. رمضان أبو السعود، ص ٣٣٢ وما بعدها ، سنة ١٩٨٨م.

اتحاد الذمة فى الحقوق الشخصية[١] :

ينقضى الدين أى الحق الشخصى باتحاد الذمة إذا خلف الدائن المدين الدائن لأنه لايجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها.

وقد تحدثت قبل ذلك عن اتحاد الذمة بسبب الوفاة وسيأتى الحديث عن اتحاد الذمة حال الحياة.

(١) المراجع السابقة.

المطلب الثانى

اتحاد الذمة عن طريق الوصية

تعريف الوصية:

الوصية لغة:

العهد يقال وصيته أى عهدت إليه القيام بأمر ، وتطلق على الموصى به ، يقال أوصيت له بمال أى جعلته له[١]، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[١].

ثانيا: فى اصطلاح الفقهاء:

وعرفها جمهور الفقهاء الحنفية بأنها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع»[٣].

عرفها المالكية والشافعية والحنابلة بما هو قريب من هذا المعنى أو بما يستفاد منه هذا المعنى[٤].

أما قانون الوصية فقد عرفها فى مادته الأولى بأنها: «تصرف فى التركة مضاف لما بعد الموت»[٥].

ومعنى اضافة التصرف إلى ما بعد الموت ، أن أثر التصرف الذى تم فى حال الحياة لايكون إلا بعد الموت.

---

(١) سورة النساء الآية: ١٢.

(٢) رد المختار على الدر المحتار، جـ٥، ص ٥٦٧ ، تكملة البحر الرائق، جـ٨، ص ٤٥٩.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، جـ٢، ص ٣٣٠ ، حاشية قليوبى على المحلى، جـ٣، ص ١٥٦ ، شرح الاقناع، جـ٢، ص ١٢ ، المغنى لابن قدامة، جـ٦، ص ٤١٤ ، كشاف القناع، جـ٤، ص ٣٣٦ ، التعريفات للجرجان، ص ٢٥٢.

(٤) قانون بالوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(٥)

والمراد بالتركة الواردة في التعريف القانوني: «كل مايخلف فيه الوارث المورث مالا أو منفعة أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال والتى تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث».

إذن فالتركة تشمل الأموال ، ولو تعلق بعين منها حق للغير كالعين المرهونة وتشمل المنافع لأنها أموال أو يكون فى نظيرها المال وتشمل الحقوق المالية كحق المرور والمجرى والمسيل ، وسائر حقوق الارتفاق لأن الحقوق منافع والأعيان تراد لمنافعها(١).

ركن الوصية:

ركن الوصية الإيجاب من الموصى حال حياته والقبول من الموصى له بعد موت الموصى.

فاذا لم يقبل الموصى له بل سكت عن القبول والرد حتى مات أيضا تمت الوصية له استحسانا . وتكون العين الموصى بها ملكا لورثته.

أما إذا رد فان الوصية تبطل ويعود الموصى به إلى ملك ورثة الموصى.

ولا عبرة بقبول الموصى له أو رده حال حياة الموصى لحصول ذلك قبل أوانه.

وهذا ما ذهب إليه زفر من الحنفية والشافعى فى أحد قوليه وبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الأباضية من الخوارج(٢).

قال فى البدائع: «ركنها الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له ، وإن شئت قلت ركن الوصية / الإيجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ،

---

(١) الوصية وأحكامها ، بحث مقارن فى مذاهب الفقه الإسلامى مع بيان ماأخذ به القانون ، أ.د. محمود على احمد ابراهيم، ط ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، دار الهدى للطباعة.

(٢) المبسوط، جـ٥، ص ٤١١ ، المغنى، جـ٦، ص ٤٤٠ ، ٤٤٢ ، المهذب، جـ١، ص ٤٥٨.

وهو أن يقع اليأس من رده»[١].

والراجـــــح:

ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة وهو أن القبول شرط دخول الموصى به فى ملك الموصى له إذا كان معينا لأن عقد الوصية من عقود التبرعات التى توجد من جانب التبرع وحده.

فاذا وجد الايجاب من الموصى ، اعتبرت الوصية موجودة شرعا ويكون القبول بعد موت الموصى كاشفا لملك الموصى له لامنشئا له[٢].

ويجوز للموصى أن يرجع عن الوصية قبل أن يموت ، والرجوع إما بالقبول كأن يقول: رجعت عن وصيتى لفلان أو بالفعل كأن يخرج ما أوصى به عن ملكه ببيع أو غيره ، أو يتصرف فيه تصرفا يجعله شيئا آخر كأن يكون أوصى ببر فيطحنه ويجعله دقيقا.

ركن الوصية فى القانون:

ركن الوصية في القانون هو الإيجاب وحده.

فقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة الثانية ما نصه: «تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت بالإشارة المفهومة».

ومعنى هذا كما هو ظاهر ، أن الوصية توجد بما يصدر من الموجب وحده.

أما القبول فجعله شرط لزوم إن كانت الوصية لمعين فان كانت الوصية لغير معين فانها تلزم من غير توقف على قبوله.

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٧ ص ٣٣١.

(٢) الوصية فى الشريعة الإسلامية، دكتور/ أحمد فراج حسين، الطبعة الأولى، ص ٢٦، شركة الطباعة الفنية المتحدة.

جاء في ذلك في المادة العشرين: «تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي».

وبهذا يكون القانون قد جرى في هذه المسألة على الرأي المشهور في الفقه بصفة عامة وفي الفقه بصفة خاصة(١).

ويتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية ويكون الموصى له إما خلفا عاما وإما خلفا خاصا(٢).

ويكون الموصى له خلفا عاما إذا أوصى الدائن لمدينه بثلث تركته مثلا . فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصي مدينا للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة ، فينتقل إليه من الدين ثلثه ويكون مدينا به بحكم المديونية السابقة ودائنا له بحكم الوصية . فتتحد الذمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلث في ذمته دينا للتركة.

أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلث تركته فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصي دائنا للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلث التركة ويجب طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولا ، فيستوفي الدائن منها مبلغ الدين وينقضي الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة ثم يستولي الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خاليا من الديون.

ويكون الموصى له خلفا خاصا إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته ، فيكون المدين بعد موت الدائن مدينا للتركة بحكم مديونيته السابقة ودائنا في نفس الدين بحكم الوصية.

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ، أحمد ابرهيم بك ، ص ٢٦٥ وما بعدها ، الوجيز في شرح قانون الوصية، د. محمد الحسيني حنفي، ص ٢٢ وما بعدها سنة ١٩٦٤ ، ١٩٦٥م.

(٢) الخلف العام: هم الورثة مثل الابن والبنت لأنهم يورثون ويخلفون الميت «والدهم» في كل ما يتركه .

والخلف الخاص: مثل المشتري لأنه يخلف الميت في جزء من ماله.

فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن وتتحد الذمة فى الدين ، ولايتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين فى ذمته له إذ هو دين عليه لاحق له حتى يوصى به[1].

(١) الوسيط، جـ٣، المجلد الثانى، انقضاء الالتزام، للعلامة أ.د. السنهورى، بند ٥٦٤، ص ١١٠٧ ، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٤م.

المطلب الثالث

اتحاد الذمة حال الحياة

قد يقع اتحاد الذمة حال الحياة وإن كان هذا فرضا قليل الوقوع فى العمل ومن أمثلته:

أولا : استرداد المدين الحق المتنازع فيه إذا تصرف فيه الدائن إلى آخر بعوض عن طريق الحوالة إذ بهذا الاسترداد يصبح المدين دائنا لنفسه فينقضى الدين.

ثانيا: وفاء مشترى العقار المرهون الثمن إلى الدائن المرتهن ، فيحل محله فى حقه وتوابعه ومنها الرهن المقرر على العقار الذى اشتراه فينقضى هذا الرهن باتحاد الذمة[1].

ثالثا: إذا اشترت إحدى الشركات ما أصدرته من سندات فانها والسند يمثل دينا عليها تصبح دائنا ومن ثم تجتمع بالنسبة لها صفتا الدائن والمدين[2].

وقد نصت محكمة النقض بانه إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها فانه يترتب على الاندماج أن تنمحى شخصية الشركة المندمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضائها.

واذا كان الثابت أنه قد اجتمعت فى شخص الشركة الجديدة صفتا الدائن

---

(١) أحكام الالتزام: أ.د. عبد المنعم البدراوى، ص ٤٧١، أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٤٣ ، دروس فى أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٤٤٥، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦١.

(٢) المراجع السابق.

والمدين بالنسبة إلى دين البنك الطاعن فانه نيقّ بالقد الذى اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى(١).

اولا: تحقق اتحاد الذمة عن طريق الكفالة:

والكفالة فى اللغة:

هى الضمان يقال: كفل يكفل كفولا كفلا والاسم الكفالة ، ويقال: تكفلت بالمال أى التزمت به وتحملت به وكفلت به كفالة ، وكفلت عنه بالمال وكفلته.

واصطلاحا:

هى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، وقيل ضم ذمة إلى ذمة فى الدين – وقيل شغل ذمة أخرى بالحق – وقيل شغل ذمة بنفس ماشغلت به الأولى.

أما الكفالة فى القانون المدنى المصرى:

فقد ورد في المادة ٧٧٢: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه».

وليس من شك فى أن تعهد الكفيل بالوفاء بالتزام التزمه المدين يجعل ذمته مشغولة قانونا بهذا الالتزام.

وليس إلا الدين وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء.

وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور فى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين.

(١) نقض مدنى فى، ٢١ مايو سنة ١٩٧٠م ، مجموعة أحكام النقض الـ ٢١، رقم ١٤١، ص٨٨.

وإذا كانت الكفالة عقد وجب أن يكون لها طرفان هما الدائن والمدين والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون إلا بايجاب وقبول منهما دالين على توافق ارادتيهما ولاتتم فى نظرة من جانب واحد.

فالذمة المضمونة هي ذمة الكفيل وهو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصيل من الحق ، والذمة المضموم إليها ذمة الأصيل وهو المطالب فى الأصل ويسمى المكفول عنه والمكفول . أما صاحب الحق فهو المكفول وهو الطالب ، والحق هو المكفول به.

فالكفيل بكفالته يصبح مطالبا ، بما كان مطالبا به المكفول من دين أو تسليم نفس أو عين ، لأن ذمته انما انضمت إلى ذمة الأصيل فى حق المطالبة فقط.

فيصبح كل من المكفول والكفيل مطالبا ولا تشغل ذمة الكفيل بما شغلت به ذمة المكفول من دين أو غيره هذا هو الذى اختاره بعض الحنفية(١).

وذهب آخرون إلى أنها تصير بالكفالة مشغولة كذمة المكفول.

ويؤيد هذا الرأى أن الدائن يجوز له أن يهب الدين للكفيل وأن يشترى به عينا من أمواله.

---

(١) لسان العرب، جـ١٣، ص ٢٥٧ مادة ضمن ، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، جـ٢، ص ٧٩٨ ، ٧٩٩ ط ١٣٨١هـ - ١٩٦١م ، الهداية، جـ٣، ص ٨٧ ، وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ٣٢٩ ، وشرح النيل، جـ٨، ص ٦١٢ ، الغنى مع الشرح الكبير، جـ٥، ص ٧١ ، المعاملات الشرعية والمالية، د. أحمد بك ابراهيم ، المحلى، جـ٨، ص ١١٠ ، ١١١ ، الضمان فى الفقه الإسلامى، القسم الثانى، الكفالة، الديات، الاستاذ على الخفيف، ص ٥ وما بعدها ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، جـ١، ص ٥٤١ ، ف ٢٧١ ، الدر المختار بهامش ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٤٦ ، المحلى، جـ٨، ص ١١٠ ، منشورات المكتب التجارى للطابعة والنشر والتوزيع.
«الكفالة دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، أ.د. عبد الخالق حسن أحمد، ص ٦ سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م».

ومن المعروف أن تمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز ولايترتب على هذا الخلاف أثر عملى[١].

وركن الكفالة الايجاب والقبول من الكفيل والمكفول له فلا تصح بلا قبول صاحب الحق أو نائبه ولو فضوليا فى مجلس العقد.

وقال أبو يوسف: إنها تتم بايجاب الكفيل وحده ، ولكن إن شاء المكفول له كذلك ، أو صبيا مأذونا له بالتجارة.

وأما المكفول عنه فلا يشترط فيه شئ من ذلك ، فتصح الكفالة عن المجنون والصبى مطلقا[٢].

ويشترط فى كفالة المال أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل بنفسه فان كان مضمونا بغيره أو غير مضمون فلا تصح كفالته . وتصح بالمال سواء كان معلوما أم مجهولا ، لأنها مبنية على التوسع ولاتصح إلا بالدين الصحيح الثابت فى الذمة وبدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضى أو بأمر القاضى.

ولكن لاتصح كفالة أحد الشركاء حصة صاحبه فى الدين المشترك بينهم لأنه لو حصل الضمان مع بقاء الشركة يصير ضامنا لنفسه ، لأنه ما من جزء يؤدى من الدين إلا وهو مشترك بين الشركاء ، لو قيل انها تصح فى حصة صاحبه بأن يكفل نصفا معينا فلا يمكن هذا أيضا ، لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وهذا لايجوز.

ولأن القسمة عبارة عن الافراز والحيازة بأن يصير حق كل منهما مفرزا فى حيز على جهة.

وهذا لايتصور فى غير الأعيان التى تدرك بالحس لأن الفعل الحس يستدعى محلا حسيا . والدين حكمى لاحسى.

---

(١) المادة: ٦٤٢ ، ٦٥١ من المجلة.

(٢) تحرير الأحكام، جـ٢، ص ٢٢١ ، المحلى، جـ٨، ص ١١١.

وكذلك لاتصح كفالة الوكيل بالثمن عن المشترى فيما باعه له لأن حق القبض ثابت للوكيل بالأصالة فيصير ضامنا لنفسه ، ومثل الوكيل الولى والوصى وناظر الوقف ، ومتى صحت الكفالة فانه يجوز للدائن مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معا.

وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما ، وتنقضى الكفالة فانقضاء الالتزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل فإذا سقط الأصل سقط التبع ضرورة.

وقد يكون انقضاؤها بصفة أصلية فينتهى التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل . إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلى . وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان:

الحال الأول: انقضاؤها تبعا لانتهاء التزام الأصيل.

الحال الثانى: انقضاؤها بسبب لايمس التزام الأصيل وبقاؤه.

ففى الحالة الأولى تنقضى الكفالة إذا ما انتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقا لالتزام الأصيل.

فاذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه إذ لا يتصور توثيق المعدوم وعلى ذلك تنتهى الكفالة فى الأحوال الآتية:

١- أداء الدين: فاذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك ضمان انتهاء الكفالة.

٢- المصالحة عن الدين: قد يصالح المدين الدائن عن الدين وقد يصالحه الكفيل ، فاذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين.

٣- البراءة من الكفالة: طبقا لقاعدة «التابع تابع»:

إذا أبرأ الدائن الأصيل برئ الكفيل تبعا له لأن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل ، ولكن إذا أبرأ الدائن الكفيل لم يبرأ الأصيل لأن إبراء الكفيل معناه إسقاط كفالته ، ولا يلزم من سقوط الكفالة سقوط الدين.

وكذلك إذا وهب الدائن الدين للأصيل أو تصدق عليه به إذا كان فقيرا برئت ذمته من الدين وبرئت تبعا لذلك ذمة الكفيل.

٤- حوالة الدين: إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة مقبولة برئ بذلك الكفيل لأنها توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعا له.

٥- انفساخ سبب الدين المكفول به: إذا انفسخ العقد الذى نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فان التزام الكفيل ينقضى تبعا لذلك.

اتحاد الذمة:

إذا ورث المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة . إذ لايمكن أن يكون دائنا لنفسه.

ويترتب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضا تبعا لذلك.

وذكرت المادة ٨٧٣ من مرشد الحيوان: «أنه إذا مات الدائن المكفول دينه وانحصر ميراثه فى المديون برئ كفيله من الكفالة»[(١)].

ومفهوم ذلك أن براءة الكفيل وهو الفرع تتبع براءة الأصيل وهو المدين وبراءة المدين ترجع إلى انقضاء دينه باتحاد الذمة ، إذ هو الوارث الوحيد للدائن

---

(١) الفصل الخاص بالابراء من كفالة المال فى مرشد الحيوان م ٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية وشرح رستم باز، ص ٣٦٧ - ٣٦٨ شرح المجلة.

وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين . فقد ملك ما فى ذمته ، أما لو كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط ، أما إذا ورث الضامن الدائن فانتقل الدين إليه بهذه الوراثة فان كفالته تنتهى ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مدينا للضامن.

انقضاء الكفالة بسبب لايمس التزام المدين:

وفى هذه الحالة ينقضى التزام الكفيل وحده ابتداء ويبقى التزام الأصيل على حالة دون مساس به لأن الكفالة لاتعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالدين . كالرهن يرده المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك فى بقاء الدين ويكون هذا الانقضاء . بسبب من الأسباب الآتية:

١- إبراء الدائن الكفيل من الدين.

٢- هبة الدائن الدين للكفيل.

٣- انتهاء مدة الكفالة.

٤- تحقق شرط سقوط الدين.

٥- مصالحة الكفيل للدائن على بعض الدين مشترطا فيها براءة ذمته.

٦- وراثة الدائن للمدين: إذا مات مليئا وفى تركته ما يفى بالدين وذلك لانتقال تركة المدين إليه بالوراثة محملة بدينه ، وعلى ذلك يصير فى ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك إذا لايصح أن يكون مطالبا ومطالبا . وهذا انما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد.

أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا مايخص حصته فى التركة. وعلى ذلك يبقى الضامن ضامنا لباقى الدين.

وقد يقال إن ذلك لايظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يتملكها حتى يوفى ، وعلى ذلك لايتملك الدائن من التركة

بالوفاء ما به وفاء دينه.

والواقع أن هذه المسألة محل الخلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لايمنعه أن يتملك التركة.

ففى الخانية نقلا عن المحيط استغراق التركة بدين الوارث لايمنع جريان الأرث فى التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره.

وهذا يخالف مافى جامع الفصولين إذ فيه ما يفيد أنه يمنع ، وأنه لايتملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلا ، وعلى هذا الرأى الآخير لاتكون وراثة الدائن للمدين فى هذه الحالة سببا لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبته بالدين المضمون(١).

وفى القانون المدنى المصرى أيضا:

إذا اتحدت ذمة الدائن والمدين ترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلى وانقضاء التزام الكفيل تبعا له ، لأن القاعدة أن الفرع يتبع الأصل وجودا وزوالا أما إذا اتحدت ذمة الكفيل ، فلا ينقضى الالتزام الأصلى ، لأنه إذا كان الفرع يزول بزوال الأصل . فإن الأصل لايزول بزوال الفرع(٢).

الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن:

إذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الذمة مابين الدائن والكفيل إذا

---

(١) الفتاوى الخانية، جـ٣، ص ٢٩١ ، جامع الفصولين، جـ ص ، الشلبى على الزيلعى، جـ٤، ص ١٥٦ ، الشرح الكبير والدسوقى عليه، جـ٣، ص ٣٣٨ ، نهاية المحتاج، جـ٤، ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، تكملة ابن عابدين، جـ٢، ص ٣٤٧ وما بعدها ، المهذب، جـ١، ص ٣٤٢ وما بعدها ، المغنى، جـ٥، ص ٨٥ ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٤٤٢ وما بعدها ، دار الفكر العربى، المعاملات الشرعية المالية أحمد ابراهيم بك، ص ١٩٢ وما بعدها ، سنة ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م ، شرح المجلة لعلى حيدر، جـ١٠، ص٨٨ ، وفتاوى السبكى، جـ١، ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، المجلد٢، رقم ٦٣٤ ، ص ٢٠٢١، ط طربين - دمشق.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٤٢ ط دار النهضة العربية، ١٩٧٤م.

كان يقضى التزام الكفيل ، فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى للدائن ، فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن ينقضى الدين وتبرأ ذمة المدين الأصلى. ويرجع الكفيل على المدين الأصلى بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، لم ينقضى الدين الأصلى ، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائنا المدين بهذا الدين ذاته.

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلى والدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل ، وذلك أن المدين الأصلى ، وقد أصبح باتحاد الذمة دائنا ، إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل فان الكفيل يرجع عليه باعتباره مدينا ، فيشمل هذا الرجوع الأخير . الرجوع الأول.

وقد كانت المادة ٢٠٣ / ٢٦٧ من التقنين المدنى السابق تقضى بأن اتحاد الدائن والمدين الأصلى يبرئ ذمة الكفلاء[1].

الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى:

إذا ورث الكفيل المدين الأصلى ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فأن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لايكون إلا من حيث المطالبة . بمعنى أنه إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلا الدين للدائن لم يستطع وقد أصبح مدينا أصليا بالميراث. وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى الرجوع على نفسه ، ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتدا به فى غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام كفيل الكفيل يبقى قائما مستندا إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة.

(١) الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ١١١٥، فقرة ٥٧٠.

فيجوز للدائن فى هذه الحالة . إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مدينا أصليا أن يرجع على كفيل الكفيل ولهذا الأخير إذا وفى الدين أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى.

إذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم فصار فى القانون الفرنسى كفيلا ومدينا متضامنا فى وقت واحد ، فأن وفى الدين باعتباره كفيلا . رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه.

أما إذا وفاه باعتباره مدينا متضامنا ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم فى الدين(١).

ثانيا: اتحاد الذمة عن طريق الحوالة:

سبق عند الحديث عن تجديد الالتزام تعريف الحوالة وأركانها وكل ما يتصل بها وأشير هنا إلى:

١- حكم الحوالة بعد موت أحد العاقدين.

٢- براءة المحال عليه.

٣- اتحاد الذمة عن طريق الحوالة.

اولا: حكم الحوالة بعد موت أحد العاقدين:

وفاة المحيل لا تأثير لها فى الحوالة إذا كانت مطلقة فيستمر المحال على مطالبة المحال عليه بأداء الدين.

فاذا أداه بعد الوفاة فان الظاهر أنه يكون مختصا به ، ولا يحق لسائر

---

(١) الوسيط للسنهورى، جـ٣، ص ١١١٦، فقرة ٥٧١.

غرماء المحيل أن يشاركوه فيه بقدر ديونهم إذا احتاجوا إلى ذلك بسبب عدم وفاء التركة.

ووجه ذلك أن المحيل قد برئ من دين المحال بمقتضى عقد الحوالة وصار المحال دائنا للمحال عليه لاللمحيل . فلا وجه لأن يشاركه غرماء المحيل فيما يستوفيه من مدينه المحال عليه.

ونقل ابن عابدين: أن هذا المال لا يختص به المحال بل يشاركه فيه سائر غرماء المحيل ، بناء على أن الحوالة تبطل بالموت وأن المحال يصير دائنا للمحيل بمجرد موته ، وهذا غير ظاهر . لأنه لو صح أنها تبطل بالموت لترتب على ذلك عدم الزام المحال عليه بالدين بعد وفاة المحيل وانقطاع مطالبة المحال بما أحيل به على المحال عليه.

وإن كانت الحوالة مقيدة بعين أو دين لدى المحال عليه بطلت بوفاة المحيل فان هذه العين أو هذا الدين يتعلق بهما بمجرد الوفاة حق ورثة المحيل لقيامهم مقام مورثهم فيما كان يملك ، ذلك منه ، فلهم وحدهم حق المطالبة بهما ، وبهذا تبطل الحوالة ويرجع المحال على تركة المحيل.

وإذا مات المحال قام وارثه مقامه فى مطالبة المحال عليه ، وفى حق الرجوع على المحيل عند القوى.

وإذا مات المحال عليه ، فان كانت الحوالة مقيدة بطلت بموته ، لأنها التزام فى مال مملوك للمحيل ، وقد سلط عليه من قبله وذلك التسليط لاينتقل إلى الورثة بل يبطل بالوفاة.

وعندئذ يرجع المحال على تركة المحيل ، وإن كانت مطلقة ، استوفى المحال دينه من تركته باعتباره دائنا من دائنيها ، فان بقيت له بقية رجع بها على المحيل لتوائها حينئذ[1].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية، ص ٤٥٥ ، ٤٥٦.

ثانيا: براءة المحال عليه:

يبرأ المحال عليه بتأدية الدين المحال به أو باحالة المحال على غيره وقبول ذلك الغير الحوالة.

ولما كانت البراءة إسقاطا للحق ، والهبة تمليكا.

اختلف حكم إبراء المحال المحال عليه من الدين وهبته له ففى حالة الابراء يسقط الدين فلا يرجع المحال عليه على المحيل بشئ وفى حالة الهبة يملك المحال عليه الدين فيرجع به على المحيل.

وإذا أحال المحال عليه المحال حوالة صحيحة فان كانت على المحيل كان ذلك فسخا للحوالة الأولى ، ولذا لايترتب على توى الدين لدى المحيل فى هذه الحال الرجوع على المحال عليه باعتباره محيلا . وأما إذا كانت على غيره فهى حوالة تترتب عليها جميع آثارها[1].

(١) المرجع السابق، والمعاملات الشرعية الإسلامية، ص ٢٠٥.

ثالثاً: اتحاد الذمة عن طريق الحوالة:

إذا مات المحال ولا وارث له غير المحال عليه ، فحكم ذلك حكم هبة الدين له.

ونصت المادة ٩٠٩ من مرشد الحيران فى صدرها على أنه:

«اذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على على المحتال عليه».

ومعنى ذلك أنه بوفاة المحتال والمحتال عليه هو وارثه الوحيد فان الدين ينقضى كليا بالنسبة للأخير باتحاد الذمة.

أما إذا كان للمختال وارث آخر فلا ينقضى الدين بالنسبة للمحتال عليه إلا بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . أى بحدود حصته فى الميراث ومن ثم فالانقضاء هنا يمكن أن يكون جزئيا إذا تصورنا أن قيمة الدين أكبر من حصة المحتال عليه الوارث قيمة . وانقضاء المحتال عليه بقدر حصته إذا كان هناك وارث آخر للمحتال.

جاء في نهاية المادة المذكورة من مرشد الحيران:

وقد أجملت الأحكام السابقة بخصوص الحوالة المادة ٧٠٠ من مجلة الأحكام العدلية اذ قالت: «لو توفى المحال له وكان وارثه المحال عليه لايبقى حكم الحوالة»[1].

(١) سليمرستم باز شرح المجلس، ص ٣٨٣ ، وأحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٧٧ ، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٤٥٦.

ثالثا: اتحاد الذمة عن طريق الاجارة:

تعريف الاجارة لغة وشرعا:

الاجارة لغة:

يقال: أجر فلان فلانا - من بابى ضرب ونصر أجر ، أثابه على عمل أو صار أجيرا له ، وبالوجهين فسر قوله تعالى: ﴿على أن تأجرنى ثمانى حجج﴾[١].

وقد عرفها الجرجانى بقوله: الإجارة عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال. «وتمليك المنافع بعوض اجارة وبغير عوض اعارة»[٢].

وقد عرفها الفقهاء بعدة تعريفات لاتخرج فى مجموعها عن المعنى السابق[٣].

وعرفها مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة -رضى الله عنه- فى المادة ٢٤٠: «الاجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعا من العين بعوض».

وهذه التعريفات/ تفيد أن المعقود عليه منفعة معينة سواء كانت هذه المنفعة بشئ معين أو موصوف كسكنى الدار . كما قد تكون هذه المنفعة عمل يقوم به الأمير.

وفى كلا الحالتين يجب أن يكون العوض المقابل للمنفعة مالا معلوما كما أن عنصر الزمن فيها أمر ضرورى[٤].

---

(١) سورة القصص الآية: ٢٧.

(٢) التعريفات، ص ١٠.

(٣) تبيين الحقائق، جـ٥، ص ١٠٥ ، مواهب الجليل، جـ٥، ص ٣٨٩ ، مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٣٣٢ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٥٤٦.

(٤) ابن عابدين، جـ٥، ص ٢٠١ ط ١٢٩٩هـ.

والأخيرة: إما خاص ، وهو الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة عمل أو لم يعمل كراعى الغنم وإما مشترك : وهو من يعمل لغير واحد كالصباغ وغيره.

ركن الاجارة:

«كل ما صلح ثمنا صلح أجره»

فكل ما صلح ثمنا أى بدلا فى البيع ، صلح أجرة ، فدخل فيه الأعيان فانها تصلح بدلا من المقايضة فتصلح أجرة ، وذلك لأن الأجرة ثمن المنفعة وهى تابعة للعين ، وما صلح بدلا من الأصل صلح بدلا عن التبع . ولاينعكس كليا ، فلا يقال ما لايجوز ثمنا لايجوز أجرة لجواز اجارة المنفعة بالمنفعة اذا اختلفتا[1].

الإيجاب والقبول:

إذا كانت الاجارة تمليكا فان ركنها الإيجاب والقبول كما يفهم من قول الفقهاء فى تعريفها - تنعقد الإجارة الخ.

والكلام فى كل من الايجاب والقبول وفى صفتها كالكلام فيهما فى البيع. «م ٢٤٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية».

العاقدان:

هما المؤجر والمستأجر ، ويقال للمؤجر مكر ومكار وآجر ، وللمستأجر مكتر . ويشترط فيهما ما يشترط فى المتبايعين.

وحكم الإجارة: تبادل الملك فى البدلين ساعة فساعة.

أى أن حكم عقد الاجارة أن يملك المؤجر بدل نفع الشئ المستأجر وهو

---

(١) ابن عابدين، جـ٥، ق ٢٠١ ، ومجمع الأنهر، جـ٢، ص ٣٦٩.

الأجرة سواء كانت عينا أو دينا.

وأن يملك المستأجر النفع فيما استأجره ويكون ذلك ساعة فساعة لأن المنفعة عرض لاتبقى زمانين.

فإذا كان حدوثه كذلك فيملك بدله كذلك قصدا للتعادل ، لكن ليس للمؤجر المطالبة بالبدل إلا بمضى منفعة مقصودة كاليوم فى الدار والأرض والمرحلة فى الدابة[1].

محل العقد فى الاجارة:

محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان كما فى إجارة الأرض والدور والأوانى والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك وقد يكون عمل عامل ، فيسمى العامل حينئذ بالأجرة كما فى استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين.

---

(١) ابن عابدين، جـ٥، ص ٤.

انتهاء الإجارة وبقاؤها:

يستمر عقد الإجارة مابقيت مدته فاذا انتهت مدته انتهى ووجب رد العين المستأجرة إلى مالكها عند طلبها ، ولاتبقى الإجارة بعد ذلك إلا لعذر يقتضى بقاءها.

كما إذا انتهت المدة وفى الأرض المستأجرة زرع لم يدرك فانه فى هذه الحالة يبقى فيها إلى أن يدرك بأجر المثل وكذلك إذا استأجر سفينة لمدة معينة فانتهت والسفينة فى عرض البحر لم تصل إلى غرضها فان الإجارة تبقى بأجر المثل حتى تصل السفينة إلى المكان المقصود وهكذا.

وهذا إذا لم يحدث قبل انتهاء المدة ما تنفسخ به الإجارة ، أو تفسخ به ، فان حدث فى أثناء المدة ما تنفسخ به الاجارة انفسخت إلا اذا وجد عذر يقتضى بقاءها وذلك فى الأحوال الآتية:

١- وفاة المستأجر عند الحنفية:

فلا يحل ورثته فى الإجارة محله ، لأنها التزام ولا الزام بغير التزام ، ولأن المنافع لا بقاء لها حتى تكون متروكة على ملك المتوفى ويرثها عنه ورثته ، فلا تورث.

وقال الشافعى وأحمد إذا توفى المستأجر لم ينفسخ بوفاته عقد الإجارة ذلك لأنه قد تملك به من المنافع ما يورثه ورثته عند الوفاة فيقوم ورثته مقامه بعد وفاته فى استيفاء ما ورثوه عنه من المنافع.

٢- وفاة المؤجر:

فبأن العين المستأجرة تنتقل بوفاته إلى ورثته بالميراث وذلك يستلزم انفساخ عقد الاجارة فيها لأنها تتجدد بحسب تجدد المنافع وما يتجدد من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون مملوكا لورثته فلا ينفذ فيه عقده.

٣- هلاك العين المستأجرة:

فاذا استأجر دابة معينة للركوب أو للحمل فهلكت الدابة انفسخت الاجارة.

أما إذا لم تكن الدابة معينة بأن استأجر إنسانا ليحمل المتاع على دابة ما فحمل بعضه على دابة ثم تلفت لم تنفسخ الإجارة بهلاكها واستمرت ، وعلى المكارى أن يحمله على أية دابة أخرى.

٤- غصب العين المستأجرة:

فاذا غصبها من المستأجر غاصب لم يقدر على دفعة انفسخت الإجارة.

وتنفسخ الإجارة بما يأتى:

١- بخيار شرط أو خيار رؤية.

٢- بخيار عيب فللمستأجر أن يستقل بفسخها فى جميع الأحوال قبل قبض العين المستأجرة وبعد إذا حدث العيب قبل العقد وبعده سواء أكان قبل تسليم العين أم بعدها ، بشرط ألا يكون المستأجر قد رضى به ، وبشرط أن يؤثر العيب فى الانتفاع بالعين سواء أترتب عليه نقص الانتفاع أم زواله.

٣- حدوث عذر للمستأجر أو للمؤجر يقتضى الفسخ.

وضابطه أن يترتب على بقائها لزوم ضرر بأحدهما غير مستحق بالعقد ، ولا منظور ترتبه على بقائه.

٤- وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخ إجارة الأجير إذا ما ترتب عليه استهلاك عين له كما فى إجارة كاتب لينقل له هذا الكتاب على هذا الورق.

ولعل مرادهم أنه لايكون له ذلك إلا إذا عدل نهائيا عن العمل المطلوب فلا يكون له هذا الحق لمجرد إرادة تغيير العامل وإلا كان هذا الحكم محل

نظر[١].

ومما جاء بخصوص فسخ الإجارة فيه تتحقق الذمة . المادة ٤٤٢ من مجلة الأحكام العدالية: «إذا تملك المستأجر العين المؤجرة».

فقد نصت هذه المادة على ما يأتي:

«لو ملك المستأجر عين المأجور بارث أو هبة يزول حكم الاجارة»[٢].

ومعنى ذلك:

أن الإجارة تنفسخ فى الفقه الحنفى: إذا تملك المستأجر عين المأجور.

وعلة ذلك:

ترجع إلى اتحاد الذمة ، فقد اجتمعت فى شخص واحد صفتا المؤجر والمستأجر.

إذ أن المستأجر يتملك المأجور فيأخذ صفة المالك والمؤجر فتتعارض الصفتان فى نفس الشخص وتسقط الاجارة.

وإذا تملك المستأجر بعض المأجور فقد تسقط عنه الإجارة بقدر ما تملك وتبقى فى الباقى.

وينطبق ذلك سواء كان انتقال الملك للمستأجر بالإرث أو الهبة وينطبق هذا أيضا ولو كان الملك قد انتقل للمستأجر بالشراء.

---

(١) الفتاوى الهندية، جـ٤ ، ص ٤٥٨ ، ابن عابدين، جـ٥، ص ٦٤ وما بعدها، ومجمع الأنهر، جـ٢، ص ٣٩٨ وما بعدها ، وفتاوى قاضيخان، جـ٢، ص ٣٥٢ ، المعاملات الشرعية المالية، أحمد بك ابراهيم، ص ١٧٢.

(٢) شرح المجلة ، سليم رستم ، ص ٢٤٩ ، البزازية، جـ٤، ص ٩٤ بهاشم الهندية ، المغنى، جـ٦، ص ٤٨.

وعند الحنابلة[1] :

جاء في القواعد لابن رجب ما يأتي:

لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففي انفساخ الإجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان:

أحدهما: ينفسخ لأنه ملك الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته.

والثاني: لاينفسخ وهو الصحيح.

ويبدو أن مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل قد أخذت بالقول الثاني وعدم انفساخ الإجارة.

فقد نصت المادة ٥٥٧ من هذه المجلة على ما يأتي:

«لاتنفسخ الإجارة بانتقال المأجور من ملك المؤجر مطلقا سواء كان الانتقال بفعل المؤجر أم لا وسواء الانتقال إلى ملك المستأجر أو غيره ، فلاتنفسخ ببيع المؤجر العين ولا بهبته ولا بوقفه ولا بانتقالها من ملكه بأرث أو وصية أو نكاح أو خلع أو صلح أو نحوه».

(١) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، القاعدة الخامسة والثلاثون ، ص ٤٣.

الآثار التي تترتب علي اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة كما مضى انقضاء الالتزام بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة.

ونصت على ذلك المادة ٣٥٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية حيث جاء فيها:

«إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة».

ونصت المادة ٣٦٠ من نفس المشروع على أنه :

«إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن».

فيترتب على اتحاد الذمة باجتماع صفة الدائن والمدين فى شخص واحد امتناع المطالبة بوفاء الالتزام ، إذ يمتنع أن يطالب الشخص نفسه بوفاء دين له على نفسه وإنما يقوم اجتماع صفة الدائن والمدين فى نفس الشخص مقام الوفاء.

وفى القانون المدنى المصرى:

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الالتزام بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة وذلك لاستحالة المطالبة بالدين لوجود العائق الطبيعى الذى يمنع ذلك ، إذ يمتنع أن يطالب الشخص نفسه بوفاة دين له على نفسه وإنما يقوم اجتماع صفة الدائن والمدين فى نفس الشخص مقام الوفاء.

وقد عبر عن ذلك المشرع بقوله: «أن الدين ينقضى بالقدر الذى اتحدث به الذمة م ١/٣٧٠ م م فالدين اذن ينقضى باتحاد الذمة ، وبالقدر الذى اتحدت فيه

الذمة.

فـان كـان المدين الوارث لم يرث إلا نصف الدين فـان هذا النصف وحده هو الذى ينقضى باتحاد الذمة.

فـاذا كـان الدين ٢٠٠٠ جنيـه وتوفى الدائن عن وارثين متكافـئين فى الميراث وكان أحدهما هو المدين : انقضى الدين بقدر الحصة التى آلت إلى هذا الأخير فى الميراث ، أى بقدر النصف ، وكان للوارث الآخر مطالبته بالنصف المتبقى.

وإذا اتحدت ذمة الدائن والمدين ترتب على ذلك انقضـاء الالتزام الأصلى وانقضـاء التزام الكفيل تبعـا له . لأن القاعدة أن الفرع يتبع الأصل وجودا وزوالا.

أما إذا اتحدت ذمة الكفيل ، فلا ينقضى الالتزام الأصلى ، لأنه إذا كان الفرع يزول بزوال الأصل ، فان الأصل لايزول بزوال الفرع[1].

وإذا قلنا أن اتحاد الذمة ليس بانقضـاء حقيـقى للالتزام ، بل إن الدين يقف نفاذه لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلا . لاتحاد صفة الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ومن ثم يقف نفـاذ الدين من ناحيـة المطالبـة وحدها ولكن الدين وهو موقوف على هذا النحو.

يبقى مع ذلك معتدا به من نواحى أخرى.

فاذا اعتبر الدين باتحاد الذمة منقضيا.

-أو موقوفا- من ناحية المطالبة به.

(١) أحكام الالتزام، أ.د. مصطفى الجمال، ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، النظرية العامة للالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٤٥ ، السنهورى، جـ٣، ص ١١١٢ ، ١١١٣ ، بند: ٥٦٨.

فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين من ذلك.

حساب نصاب الوصية:

فاذا مات الدائن وورثه المدين ، وكانت قيمة الدين ألفا وخمسمائه مثلا ، فان الدين يعتبر منقضيا من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائنا ، أن يطالب به نفسه.

ولكن الدين يعتد به اذا ترك الدائن وصية وأريد معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لاتجاوز النصاب حتى تكون صحيحة ، فيجب اعتبار الدين الذى انقضى باتحاد الذمة قائما فى حساب هذا النصاب.

فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف وجب لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية أن تضاف قيمة الدين وهى ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به الألف وخمسمائة.

أما إذا اعتبرما الدين منقضيا باتحاد الذمة من جميع النواحى ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة ولكن ثلثها ألفا وليس ألف وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح[1].

زوال سبب اتحاد الذمة:

قد يحدث أن يتحقق اتحاد الذمة فينقضى الدين ثم يزول السبب الذى أدى إلى هذا الاتحاد بأثر رجعى ، أى يعتبر كأن لم يوجد فى وقت من الأوقات.

وفى هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفا من

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى، أ.د. السنهورى، جـ٣، المجلد الثانى، ص ١١١٤ ، ١١١٥، بند: ٥٦٩ ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٤م ، أحكام الالتزام، أ.د. اسماعيل غانم، فقرة ٢٩٨.

ناحية المطالبة ، ويعود الدين بمقوماته الأصلية فيرجع دينا مدنيا أو تجاريا منتجا لفوائد أو غير منتج لها مشمولا بسند تنفيذى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال ، وتعود أيضا التأمينات التى كانت تكلفه وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ، من كفيل شخصى وكفيل عينى ورهن وغير ذلك(١).

ومن ذلك:

أولا : إذا وفى مشترى العقار المثقل برهنين متتاليين قيمة الرهن الأول وحل محل الموفى له فيه زال هذا الرهن باتحاد الذمة.

غير أن هذا الرهن يعود إلى الظهور إذا نزع الدائن المرتهن الثانى ملكية العقار المرهون ، لزوال الاستحالة المادية التى رتبها اتحاد الذمة.

وبذلك يستوفى الحائز قيمة الرهن الذى حل فيه مقدما على الدائن المرتهن الثانى.

ثانيا: إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى على الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن: «والأثر الرجعى لزوال سبب اتحاد الذمة إنما يرجع إلى طبيعة البطلان والفسخ».

ويمكننا أن نتصور زوال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى بابطال التصرف الذى أدى إلى وجوده كما لو أوصى دائن لمدين بماله فى ذمته وكان عقد الوصية قابلا للابطال لسبب أو لآخر من الأسباب التى تؤدى إلى ذلك.

فلو مات الموصى تحقق اتحاد الذمة لكن لو أبطلت الوصية بأثر رجعى فان

---

(١) دروس فى أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٤٤٦ ، أصول المعاملات، أ.د. مصطفى الجمال و أ.د. جلال على العدوى، ص ٣٥٥ ، الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ٣، المجلد الثانى ، أ.د. السنهورى، ص ١١١٩ ، بند: ٥٧٣.

اتحاد الذمة يزول ويعتبر كأن لم يكن ويعود الدين لها وجوده الأصلى أو بعباره أدق يعتبر الدين كأن لم ينقض فى وقت من الأوقات.

مثال ذلك أيضا لو أبطل العقد الذى اشترى به المستأجر العين المؤجرة(١).

ثالثا: إذا كان المدين وارثا للدائن ، واتحدت الذمة بسبب وفاة الأخير فان الحق الذى انقضى باتحاد الذمة ، يعتبر قائما عند تقدير قيمة التركة «أو حصة المدين الوارث فيها» سواء لاحتساب رسم الأيلولة أو لتحديد ثلث التركة الذى تنفذ فيه الوصية(٢).

ومن ذلك أيضا:

أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه ، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للابطال ثم يبطل العقد.

ومثل ذلك:

أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفع يدفعه الثمن والفوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصرا وقت تخلصه ، فيبطل التصرف.

فى هذه الأحوال جميعا يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعى ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفوعه وتأميناته.

أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت الذمة فيه معلقا على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف فان اتحاد الذمة

(١) دروس فى أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٤٤٦ ، الوجيز فى آثار الالتزام، أ.د. محمد على عمران، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ ، النظرية العامة للالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، ص ٣٥٦ ، أحكام الالتزام، أ.د. مصطفى الجمال، ص ٣٤٩ ، ٣٥٠.

(٢) أحكام الالتزام، أ.د. أنور سلطان، ص ٤٤٣.

يعتبر كأن لم يكن لأن سببه قد زال بأثر رجعى ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلاوغير الموجود لاتتحد فيه الذمة[١].

ونصت المادة ٢/٣٧٠ م م على أنه:

«وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن».

والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا إلى القول بأنه إذا وجد من الأسباب ما يترتب على زوال اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فان اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ من جديد ويعود الدين بنفس ما كان له من صفات وخصائص وتعود إليه أيضا كافة التأمينات التى كانت تكفله سواء أكانت شخصية أم عينية.

وترتيب هذا الأثر على زوال اتحاد الذمة: يرجع القول القائل بأن اتحاد الذمة مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين وليس سببا لانقضاء الالتزام ، لأنه إذا كان زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة يؤدى «إذا كان الزوال بأثر رجعى» إلى ظهور الدين إلى الوجود.

فان معنى ذلك أن الدين لم ينقضى فى أى وقت من الأوقات باتحاد الذمة هذا والذى زال بزوال سببه.

وبذلك يتبين لنا أن اتحاد الذمة باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة لنفس الدين انما يشكل «وهذا هو الدور الحقيقى لاتحاد الذمة» مانعا أمام المطالبة بالدين . اذ لايعقل أن يطالب الشخص نفسه[٢].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ١١١٩ ، ١١٢٠.

(٢) أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، أ.د. طلبة وهبة خطاب، ص ٣٦٢ ، أصول المعاملات، أ.د. مصطفى الجمال وجلال على العدوى، ص ٣٥٥.

وهذا ما عبرت عنه المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى بقولها: «ويراعى أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين من جراء اتحاد صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص ويتفرع على ذلك أنه اذا زال السبب الذى أفضى إلى اتحاد الذمة زوالا مستندا ، سقط المانع وعاد الالتزام إلى الوجود بما يتبعه من الملحقات .

فلو فرض أن دائنا أوصى لمدينه بماله فى ذمته بمقتضى وصية قابلة للبطلان ، فابطال هذه الوصية يعيد الدين الموصى به إلى الوجود بعد أن انقطع حق المطالبة به على سبيل التوقيت[١].

ومن ثم يذهب الفقه فى مجمله إلى القول بأن الذى ترتب على اتحاد الذمة فقط هو وقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة به وحدها ، ويبقى مع ذلك الدين معتدا به من نواح أخرى.

ومثال ذلك:

أن يموت الدائن ويرثه المدين ، فاذا كانت قيمة الدين ألف وخمسمائة فلا يستطيع المدين وقد ورث الدائن أن يطالب نفسه بالدين.

ومع ذلك فاذا كان هذا الدائن قد أوصى بجزء من ماله للغير ، وجب إدخال هذا الدين فى التركة عند حساب القدر الذى تنفذ فيه الوصية بغير اقرار من الورثة.

وإذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لاينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن «م.٢٨٨ م م» فلا ينقضى الدين إذن هنا كما ينقضى بالوفاء ،

---

(١) أحكام الالتزام، أ.د. جلال على العدوي، ص ١١٢ ، ١١٣ ، دروس فى أحكام الالتزام، أ.د. محمد لبيب شنب، ص ٤٤٦.

ذلك لأنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين فانه يرجع بعد ذلك على كل من المدينين المتضامنين الآخرين بقدر حصته فى الدين.

وأما إذا اتحدت ذمة الدائن وأحد المدينين المتضامنين . برئت ذمة هذا المدين، إذ لا يقبل عقلا أن يطالب الدائن نفسه بالوفاء ويرجع بعد ذلك هذا المدين المتضامن الذى أصبح دائنا بالميراث بالباقى من الدين بعد استنزال حصته على أى من المدينين المتضامنين الآخرين[١].

زوال السبب الذى ادى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعى:

وقد يزول بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة فى الدين.

ثم اتفق الوارث باعتباره دائنا ، مع شخص آخر فحول الدين له ، ففى هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور فى ذمة الوارث باعتباره مدينا ويصبح المحال له دائنا للوارث.

ولكن لايضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه.

ففى المثل الذى نحن بصدده إذا كان للدين كفيل شخصى أو عينى ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة فان الكفالة لاتعود ، ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل لأن الكفيل من الغير فى الاتفاق الذى تم بين المحال له والوارث.

وقد برئت ذمته من الكفالة.

فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفا فيه[٢].

---

(١) الوجيز فى آثار الالتزام، أ.د. محمد على عمران، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، أحكام الالتزام، أ.د. سليمان مرقس، ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ ، النظرية العامة للالتزام، أ.د. توفيق حسن فرج، ص٢٥٦.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ص ١١٢٠، فقرة ٥٧٤.

الخاتمـــــة

النتائج والتوصيات

اولا: النتائج :

فى المقدمة قمت ببيان أهمية دراسة هذا الموضوع: «انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة».

وتبين لى أنه من الأهمية بمكان معرفة الطرق التى تؤدى إلى انقضاء الالتزام فى حالة تعسر الوفاء الحقيقى.

ثم تعرضت لموضوع البحث فى أربعة فصول رئيسية وقدمت لهذا الموضوع بفصل تمهيدى:

وبالنسبة للفصل التمهيدى:

١- من خلال تعريف الأموال والديون وبيان أقسامها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى.

تبين للباحث أن السياسة المالية الاسلامية تشترك مع السياسة المالية المعاصرة فى أوجه متعددة باعتبارها استخداما للايرادات والنفقات لتحقيق آثار مرغوبة فى الاقتصاد القومى وتجنب الآثار غير المرغوبة ، ولكن بالرغم من أوجه الشبه المتعددة بين السياستين.

فانه يبقى أن للسياسة المالية الاسلامية ذاتية مستقلة وسمات خاصة بها وتتمثل أهم هذه السمات فيما يلى:

أ- أنها ذات أساس عقيدى.

ب- وضوح الجانب الأخلاقى فيها وذلك نتيجة لأساسها العقيدى.

جـ- أنها تكون نقدية أو عينية بحسب ما تقتضيه أحوال الفرد والدولة.

ويتضح للباحث من خلال تقسيم الأموال:

أن الشـريعـة الإسـلاميـة تقـرر تدخل الدولة فى تنظيم الحيـاة فى جمـيع نواحيـها الاقتـصادية والمالية والاجتماعيـة باعتبـار ذلك مطلبـا حيـويا وضروريا ولكن يحكم هذا التدخل ضوابط متعددة:

ب- وبالنسبة للديون:

ظهر للباحث النتائج التالية:

أ- تتقدم الديون التى تتعلق بمصلحة حفظ النفس على تلك التى تتعلق بحفظ المال.

ب- تتقدم الديون العينية فى الاستيفاء على الديون الشخصية.

جـ- تقدم ديون الصحة على ديون المرض عند التزاحم وتتقدم الديون فى الاستيفاء على الوصية.

د- اذا تزاحمت الديون العينية فيما بينها يقدم صاحب العين اذا وجد عين ماله فى مال المفلس ثم يليه فى المرتبة حق المستأجر على العين المستأجرة ثم يليه حق المرتهن على العين المرهونة.

٣- الشـريعة الإسلاميـة أقـرت التعـامل بالدين اذا كـان فـيـه مـصلحـة ونظمت العلاقة بين المتداينين ، واحتـاطت لوصول الحق إلى صـاحبه فسلكت فى سبيل ذلك مسلكين:

أحدهما: خلقى اذ حثت الدائن فى مواطن كثيرة على السماحة فى الاستيفاء وطلبت من المدين الموسر أن يبادر بأداء ديونه اختيـارا بوازع من ضمـيره وابراء لذمته.

ثانيهما: أنها تدخلت فعليا لمساعدة الدائن فى أخذ حقه واجبار المدين على

قضاء دينه ، فقررت للدائن حق المطالبة بدينه وألزمت المدين بأدائه قهرا عند اليسر ، فان امتنع وتأخر عن ذلك اعتبر التأخير اعتداء وجاز للدائن أخذ حقه منه بغير رضاه وتأكيدا لذلك هو مقاله رسول الله -ﷺ-: «لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»، نيل الأوطار، جـ٥، ص ٢٤٠.

٤- يتميز الدين بأنه يجوز تأجيله اذا تعلق بالذمة كما أنه من الممكن نقل الدين من ذمة إلى ذمة كما فى الكفالة والحوالة.

٥- حكم الالتزام قد يكون واجبا يتعين على المكلف أداؤه وقد يكون مندوبا اليه وذلك كالتبرع باعانة غيره وقد يكون مكروها كما اذا كان فيه اعانة على مكروه.

٦- مصادر الالتزام هى الارادة والاختيار من الشخص ، والفعل غير المشروع والفعل النافع والشرع.

٧- كلمة المقاصة وان اختلف علماء اللغة فى معناها الأصلى إلا أنها تطلق الآن ويراد بها المماثلة والمساواة والمقابلة فى الحساب والجراح.

٨- تعاريف المقاصة فى الفقه الإسلامى أحكم وأشمل مما وضعه رجال القانون المدنى.

٩- المقاصة مباحة مطلقا «أى سواء كان الدين الثانى من جنس الأول أو من غير جنسه ما دام يمكن تقديره وأخذ ما يقابل دينه». لأن هذا الرأى فيه محافظة على المال كما أنه يتمشى مع طبائع الناس.

١٠- المقاصة وسيلة لاستيفاء دينين متقابلين ، فهى محصلة للبراءة ورافعة للظلم فتبرأ ذمتين فى وقت واحد ، وتنصر بذلك الطرفين من غير اعتداء أى منهما على الآخر وظلمه فهى اذن من مقاصد الشريعة الإسلامية وما ورد فى الفقه الإسلامى يؤيد ذلك.

فكل عمل مشروع يبرئ الذمم يكون من مقاصد الشريعة الإسلامية والمقاصة تبرئ ذمتين في وقت واحد.

وقد وردت أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول تدل على مشروعية المقاصة.

١١- المقاصة من صور بيع الدين بالدين المنهى عنه ولكنها مستثناة من النهى بالدليل لأن المنهى عنه عام اريد به الخصوص ولاتدخل فيه المقاصة . والنهى الوارد هنا هو بيع الكالئ بالكالئ وهو أن يعقدا عقدا فى ذمتهما ويتفرقا قبل قبض الثمن والمبيع.

١٢- المقاصة تعتبر وسيلة لحماية المال لأن الدائن اذا طالب بماله فى ذمة دائنه وامتنع هو عن دفع ما عليه للمدين الدائن كان للثانى أن يمتنع عن دفع ما عليه حماية لماله من الدين فى ذمة الأول لحين اقتضاء ماله أو اجراء المقاصة فيما بينهما من الديون واذا تجانس الدينان سقط قصاصا وان لم يرض بها أحدهما أو حتى كلاهما.

١٣- محل المقاصة فى الفقه الإسلامى:

جميع الديون ، سواء كانت من النقدين أو المثليات أو العروض مختلفة الأجناس أو متفقتا ، وقد يكون محلها دينا من جهة وعينا من جهة أخرى.

كما يصح أن يكون محل المقاصة المنافع عند المالكية ومنفعة المركوب والمحلوب والنفقة عليهما عند الحنابلة.

وفى القانون المدنى المصرى محل المقاصة: يكون فى ديون النقود والمثليات بشروط واضحة ومحددة وهذا يكون فى المقاصة القانونية ويجوز للطرفين الاتفاق على وقوع المقاصة عند تخلف شرط من هذه الشروط وعند التنازع بين الطرفين يرفع الأمر إلى القاضى لرفع هذا النزاع

وايقاع المقاصة بينهما - رأى مال المسلم لايجوز تأجيله حتى لايكون بين كالئ بكالئ.

١٤- الذمة أمر مقدر شرعا ويسمى عند الفقهاء أهلية الوجوب.

١٥- تبقى ذمة الانسان مابقى حيا وتنتهى بموته إلا فى بعض الأحكام.

١٦- كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى وشراحه قد تكلموا فى أنواع المقاصة الأربعة ، القانونية والاختيارية بنوعيها والقضائية.

ولكن ينحصر مجال المقاصة القضائية فى القانون المدنى المصرى فى حالتان اثنتان فقط هما:

- النزاع فى الدين.
- عدم معلومية المقدار.

أما مجالها فى الفقه الإسلامى فهو أوسع:

اذ تشمل عدم تعيين الدين ، وعدم استقرار مقدار الدين والنزاع بين المتداينين فى الأخذ بالمقاصة.

وافتقار أحد الدينين فى كونه دينا إلى قضاء القاضى ومثاله نفقة الزوجة اذا لم يتفق الزوجان على قدر معين.

١٧- **من ناحية الشروط التي يجب توافرها لتحقق المقاصة:**

لافرق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى فهما يتفقان فى عدة شروط وهى:

١- تماثل الدينين فى الجنس والصفة والحلول.

٢- عدم كون أحد الدينين دين نفقة حيث يقابله فى القانون قابلية الدينين

للحجز.

٣- عدم تعلق حق الغير بأحد الدينين حيث يقابله شرط عدم كون المقاصة ضارة لحقوق اكتسبها الغير.

١٨- قضاء القاضى فى الحالات المتعلقة بالمقاصة مظهر للحق لا منشئ له اتفاقا فى الفقه الإسلامى.

أما فى القانون المدنى المصرى فقد اختلف شراحه حول كون حكم القاضى فى المقاصة القضائية كاشف أم منشئ فذهب البعض إلى أنه كاشف للحق ومن ثم قالوا بأن المقاصة تقع من حين تلاقى الدينين وهو وقت رفع الدعوى العارضة.

والبعض الآخر قال بأن حكم القاضى منشئ للحق وبالتالى فلا تقع المقاصة إلا من وقت صدور الحكم لا من وقت رفع الدعوى العارضة.

وأرى أن المقاصة القضائية لا تقع إلا من وقت صدور الحكم بها لأن المقاصة القضائية ليست فى حقيقتها إلا مقاصة قانونية تقع عندما يتوافر بحكم القاضى شرط الخلو من النزاع الذى كان ينقصها ولذا يجب أن يستند أثرها إلى وقت توافر هذا الشرط.

وبالنسبة للتجديد يمكن للباحث استخلاص النتائج التالية:

١٩- تجديد الالتزام «عقد» بموجبه ينقضى التزام قائم وينشأ التزام جديد يحل محل الأول بشرط مخالفته له فى أحد عناصره الجوهرية.

٢٠- نظام التجديد كان شائعا فى القانون الرومانى فقد كان الالتزام يعتبر رابطة شخصية بين الدائن والمدين لايمكن حوالتها إلى شخص ثالث ولا النزول للغير عن الدين الناشئ منها وإلا انهارت هذه الرابطة.

ولذلك نشأت وسيلة تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن وعن طريق هذا

التجديد يقضون على الالتزام القديم وينشئون آخر محله يختلف عنه فى محله أو فى طرفيه . أما الفقهاء المسلمون فلم يجدوا حاجة للخوض فى التجديد اذا اغنتهم حوالة الحق عن تجديد الدين بتغيير الدائن ، كما أغنتهم حوالة الدين عن تجديد الدين بتغيير المدين.

٢١- تجديد الالتزام «عقد» يحتاج إلى ما يحتاجه كل عقد من أركان وشروط وهى الصيغة والعاقدان والمعقود عليه وان كان التجديد يختص بشروط زيادة عن أى عقد مطلق.

والصيغة: أما قولية أو فعلية: فالقولية هى كل لفظ يدل على الرضا من العاقدين أيا كان اللفظ المستخدم ماضيا كان أو مضارعا مجردا عن السين أو سوف أو أمرا على الراجح ما لم يكن استفهاما أو استقبالا إلا اذا وجد لفظ ثالث.

وأيا كانت اللغة المستخدمة بين المتعاقدين عربية كانت أو غير عربية ويقوم مقام اللفظ الاشارة من الآخرس وكذا الرسالة والكتابة على خلاف يسير فى كل من الاشارة والكتابة من غير الأخرس القادر على الكلام.

ويجب أن تكون الصيغة مستوفية شروطها حتى تؤدى المقصود منها دون الحاجة إلى شئ آخر.

وأما الصيغة الفعلية: فى المعاطاة وعلى الراجح من الأقوال يجوز البيع وكذا التجديد بالمعاطاة.

والعاقدان هما: أطراف الالتزام القديم مع تغيير الدائن اذا كان التجديد بتغيير الدائن أو المدين الجديد اذا كان التجديد بتغيير المدين.

ويشترط فيهما البلوغ والعقل والرضا والاختيار . وأن يكونا مالكين أولهما ولاية التصرف وهذا من غير خلاف.

وعلى الراجح يجوز عقد الصبى المميز اذا كان باذن الولى وكذا عقد غير البصير ، ولايصح عقد كل من المجنون ومن فى حكمه كالمغمى عليه وغيره والمعتوه اذا ذهب العته بالعقل من غير خلاف وعلى الراجح لايصح عقد السكران بمحرم وبغير محرم اتفاقا.

ويحجر على السفيه ، ولايصح عقد المكره بغير حق من غير خلاف وكذا عقد الهازل على قول الجمهور وكذا الفضولى.

وأما محل العقد فى التجديد فيشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للرجود.

كما يشترط رضا المتعاقدين وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى وهذا الرضا عادة ما يتم بالتعبير عن الارادة أى ايجاب وقبول سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا.

وبالنسبة للوفاء بمقابل يتضح للباحث مايلى:

الوفاء بمقابل هو ايفاء لمحل الالتزام بعوض يختلف عن المحل الأصلى الذى كان يلتزم به المدين والعوض الذى يتم الوفاء به ينقضى به الالتزام وتبرأ ذمة المدين.

٢٢- الاستبدال: طريقة مشروعة للوفاء بالديون بشرط اذا ما توافرت صح الاستبدال ، ويترتب على صحته انتقال المالك فى البدلين لكل من الدائن والمدين.

ويشترط لصحة الاستبدال بجانب الشروط العامة فى كل عقد شروط خاصة هى:

أ- التقابض قبل الافتراق وأن يكون القبض باليد على خلاف بين الفقهاء فى كيفية هل هو بالأبدان أو بالأقوال.

ولا خلاف فى بطلان الاستبدال اذا حدث التفرق قبل قبض العوضين أو أحدهما كما أنه لاخلاف فى بطلان مالم يقبض اذا كان القبض قد حدث فى البعض.

وبالنسبة لاتحاد الذمة يتضح للباحث مايلى:

٢٣- انقضاء الالتزام بسبب اتحاد الذمة لا يمنعه الفقه الإسلامى وهناك مسائل ذكرها الفقهاء تشبه تماما اتحاد الذمة وان لم يسموه بهذا الاسم.

٢٤- تبقى أموال التركة على ملك الميت فى حالة استغراق الدين لجميع التركة أمّا اذا لم يكن الدين مستغرقا للتركة فالراجح انتقال التركة إلى ملك الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بها.

- للميت ذمة تترتب عليها بعض الحقوق والالتزامات.

٢٥- تميز الفقه الإسلامى عن القانون المدنى:

بسهولة الحلول التى وضعت لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ويرجع ذلك إلى أن فقهاء الشريعة الغراء كانوا يعالجون الأمر من خلال مبادئ وقواعد كلية عامة تفتح الباب للاجتهاد المثمر من غير حرج طالما كان ذلك فى اطار الكتاب والسنة.

وعلى العكس من ذلك فالقضاء المدنى مقيد بالنصوص الوضعية بقيودها الشكلية التى تحد من مرونة القاضى والتى قد تجعل حكمه فى بعض الأحيان بعيدا عن محاكاة العرف السائر فى المجتمع ومن ثم اصطدم هذا القانون بمصالح انسانية عديدة فى مختلف الأزمنة والعصور فاضطر الصحابه إلى التغيير والتبديل عندما اكتشفوا أنه يقوم بظلم الشعب بدلا من القيام بخدمتهم ضمن مراحل كثيرة.

٢٦- نستطيع الجزم بأن الشريعة الإسلامية قد شادت لانقضاء الالتزام صرحا

شامخا تميزت أحكامه بالمنطق والسلاسة ويرجع ذلك إلى أن:

فقهاء المسلمين قد استندوا فى ايجاد الحلول الخاصة لانقضاء الالتزام إلى: تطبيق مبادئ العدالة بأسمى معانيها مسترشدين فى ذلك:

- بما أقره الشرع الإسلامى الحنيف فى الكتاب والسنة النبوية المشرفة من المساواة بين المتعاقدين فى الحقوق . والالتزامات.

- وما أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدينين اذا ما عجز عن المضى فى موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذى لم يتوقعه عند ابرام العقد.

- وما دعت اليه الشريعة الإسلامية السمحاء من رفع الضيق والحرج ومن عدم تكليف النفس خارج الوسع والطاقة مما يعد أساسا متينا لأحكام انقضاء الالتزام.

ثانيا: التوصيات:

١- عند تقنين المذاهب الفقهية ينبغى فى المسائل الخلافية الأخذ برأى الفريق الأقوى دليلا.

٢- يجب الاسراع فى طبع المخطوطات الموجودة فى كافة الدول الإسلامية حتى يمكن الاستفادة منها على نطاق واسع نظرا لما تحويه تلك المخطوطات من أفكار قيمة تثرى الفقه الإسلامى وتمد طلاب العلم بثروة علمية كبرى لاتدانيها ثروة أخرى وبذلك يحق لنا أن نتباهى بين مفكرى العالم بأن لدينا من الفقه ما لا يلاحقه فقه آخر.

٣- العمل على انشاء فهارس دقيقة ومنظمة للمراجع الكبيرة على نمط الفهارس الحديثة للقوانين الوضعية مما يسهل على الباحثين وطلاب العلم القيام بمهمتهم.

٤- جمع ما فى الكتب الشرعية لكل مذهب على حدة فى موسوعة على أن يراعى فى جمعها الترتيب التاريخى الزمنى.

٥- أدعو كل مسلم غيور على الشريعة الإسلامية من رجال الشريعة والقانون الوضعى إلى أن يقفوا وقفة ترضى الخالق عز وجل فى سبيل الرجوع إلى منهج الله سبحانه وتعالى ، وتطبيقه تطبيقا عمليا فى كل معاملتنا فهى الوقاية لنا فى الدينا والآخرة.

ولنتذكر قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق﴾[1].

فلقد أصبح من الضرورى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة من عند الله تعالى فنتخذها أساسا فى اسلوب حياتنا كما أمرنا الله

---

(١) سورة الحديد الآية: ١٦.

تعالى: ﴿وأن هذا صراطى مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون﴾[١].

٦- بالنسبة للقروض الخارجية:

فينبغى عدم الاعتماد عليها لأنها وان كان لها آثار ايجابية مثل زيادة الطاقة التمويلية للدولة ، لأن الأموال الخارجية عندما تخصص للاستثمارات الانتاجية فانها تولد مزيدا من الادخار فى الاقتصاد ، وبالتالى فان القروض الخارجية تزيد الادخار وتزود الدولة بطاقة تمويلية كبيرة يترتب عليها زيادة الاستثمارات وثمرة ذلك كله تحسين ميزان المدفوعات بفضل مساهمة النقد الأجنبى.

فان للقروض الخارجية آثارا سلبية أهمها:

أ- الربا الفاحش.

ب- كيفية سدادها مع عدم توافر احتياطى كاف لذلك.

جـ- الآثار النفسية والسياسة التى ترتبها القروض الخارجية فى حق الدولة المقترضة.

لذلك يلزم مراعاة الضوابط الشرعية عند اللجوء اليها ، والأصل فيها أن تتم بين مسلمين ، ولايجوز اللجوء اليها إلا بقدر ماتقتضيه حالة الضرورة التى يقدرها علماء الاقتصاد الاسلامى والمالية فى الدولة وصدق سبحانه فى قوله: ﴿ولو استقاموا على الطريقة لأسقيناهم ماء غدقا﴾[٢].

(١) سورة الأنعام الآية: ١٥٣.

(٢) سورة الجن الآية: ١٦.

الفهـــــــارس

أولا: فهرست الآيات القرآنية:

تابع فهرس الآيات القرآنية :

السورة	الآيــــــــــــــة	رقمها	الصفحة
الأعراف	﴿ واذا أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم ﴾	١٧٢	١٧٨
الأنفال	﴿ ليميز الله الخبيث من الطيب ﴾	٣٧	٦٢
التوبة	﴿ لايرقبون فى الله إلا ولا ذمة ﴾	١٠	١٧٩
يوسف	. ﴿ نحن نقص عليك أحسن القصص ﴾	٣	١١٧
النحل	﴿ وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾	١٢٦	١٣٢
الكهف	﴿ خالدين فيها لا يبغون عنها حولا ﴾	١٠٨	٣٧٣
المؤمنون	﴿ والذين هم عن اللغو معرضون ﴾	٣	١٤٢
القصص	﴿ وقالت لأخته قصيه ﴾	١١	
الشورى الشورى الشورى	﴿ والذين اذا أصابهم البغى هم ينتصرون ﴾ ﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ﴾ ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾	٣٩ ٤١ ٤٠	 ١٣١ ١٣٧
الأحقاف	﴿ قالوا هذا عارض ممطرنا ﴾	٢٤	٦٧
الطلاق	﴿ فاذا بلغن أجلهن ﴾	٢	٦٤
المدثر	﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾	٣٨	٤٨٣

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار حسب ورودها في الكتاب:

تابع فهرس الأحاديث النبوية والآثار حسب ورودها في الكتاب:

المراجـــــع

بيان بأهم المراجع

بعد القرآن الكريم:

اولا: كتب التفسير وأحكام القرآن:

١- **احكام القرآن:** لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ - طبعة دار احياء التراث العربى - بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، وطبعة الاستانة ١٣٣٥هـ.

٢- **احكام القرآن:** لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المتوفى سنة ٥٤٣هـ - الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

٣- **اختلاف الفقهاء للطبرى:** المؤرخ والمفسر المعروف والمتوفى سنة ٣١٠هـ الطبعة الأولى - مطبعتى الموسعات والترقى سنة ١٩٠٢هـ.

٤- **تفسير الفخر الزرازى:** المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب للامام محمد الرازى فخر الدين المتوفى سنة ٦٠٦هـ.

٥- **الجامع لاحكام القرآن:** لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١هـ - مطبعة دارالكتب المصرية.

٦- **تفسير الشوكانى:** المسمى فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدارية من علم التفسير تأليف محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ط دار الفكر.

٧- **تفسير الطربى:** «جامع البيان» أبو جعفر بن محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠هـ، المطبعة الأميرية ١٣٣٠هـ ، دار المعارف.

٨- **تفسير ابى السعود:** المسمى ارشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم لخاتمة المحققين واما المدققين أبى السعود محمد بن محمد العمادى المتوفى سنة ٩٥١هـ - مكتبة ومطبعة محمد على صبيح.

٩- **تفسير البيضاوى**: مع حاشية الشيخ زادة - المكتبة الإسلامية بتركيا.

١٠- **تفسير السراج المنير**: دارالمعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

١١- **روح المعانى فى تفسير القرآن كالعظيم والسبع المثانى**: للالوسى - دار احياء التراث العربى - بيروت - سنة ١٤٠٥هـ.

ثانيا: الحديث شروحه :

١- **الجامع الصغير**: للحافظ جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ ، ط دار الفكر سنة ١٣٩١هـ - ١٩٧٢م.

٢- **سبل السلام**: للإمام محمد بن اسماعيل الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢هـ . طبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م.

٣- **سنن ابن ماجة**: للامام محمد بن يزيد بن ماجة القزوينى المتوفى سنة ٢٧٣هـ مطبعة دار الفكر - بيروت.

٤- **سنن ابى داود**: للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث الأزدى السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥هـ - طبعة دار احياء السنة المحمدية.

٥- **سنن الترمذى**: لأبى عيسى محمد بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمزى المتوفى سنة ٢٧٩هـ، ط مصطفى الحلبى.

٦- **سنن الدار قطنى**: لعلى بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥هـ، طبعة دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.

٧- **سنن الدارمى**: للحافظ بن عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى المتوفى سنة ٢٥٥هـ، دار الكتب العلمية.

٨- **السنن الكبرى**: للامام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٨٥هـ ، طبعة دار الفكر.

٩- **سنن النسائى**: للامام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ ، ط مصطفى البابى الحلبى.

١٠- **شرح النووى على صحيح مسلم**: للامام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة دار الفكر - بيروت ، وهو بديل صحيح مسلم

١١- صحيح البخاري: للامام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ، طبعة المكتبة الإسلامية باستانبول - بتركيا - المكتبة السفلية بمصر.

١٢- صحيح مسلم: للامام مسلم بن حجاج القشيرى المتوفى سنة ٢٦١هـ، طبعة دار الفكر - بيروت سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

١٣- فتح البارى بشرح صحيح البخارى: للحافظ شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة شركة الطباعة المتحدة سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م - الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية.

١٤- المستدرك على الصحيحين: للامام أبى عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النسيابورى سنة ٤٠٥هـ، طبعة دار الفكر سنة ١٣٩٨هـ.

١٥- مسند الامام احمد: للامام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ ، طبعة المكتب الاسلامى - بيروت.

١٦- المصنف فى الاحاديث والآثار: للامام أبى بكر بن عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن أبى شيبة المتوفى سنة ٢٣٥هـ ، طبعة أولى سنة ١٩٧١م.

١٧- موطأ مالك: مالك بن أنس بن مالك المتوفى سنة ١٧٩هـ.

١٨- نيل الأوطار: شرح المنتقى ، طبعة دار الفكر ببيروت سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ الطبعة الأولى الكتنمانة.

ثالثا: كتب أصول الفقه وقواعده:

١- **الاحكام فى اصول الاحكام:** سيف الدين الآمدى المتفى سنة ٦٣٠هـ، مؤسسة الحلبى وشركاه.

٢- **الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية تاليف:** الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٨٩م طبعة الحلبى.

٣- **الاشباه والنظائر:** لزين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن أبى بكر الشهير بابن نجيم والمتوفى سنة ٩٧٠هـ طبعة دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م الطبعة الأولى.

٤- **اصول البزدوى:** لفخر الإسلام على بن محمد بن الحسن البزدوى المتوفى سنة ٤٨٢هـ، طبعة دار صابر ببيروت ، مصورة عن طبعة شركة الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ.

٥- **ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول:** الشيخ الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ ، المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

٦- **اعلام الموقعين عن رب العالمين:** لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ.

٧- **التقرير والتحبير:** لابن أمير حاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ، على تحرير الكمال بن الهمام المتوفى سنة ٨٦٠هـ ، فى علم الأصول الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، طبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣١٦هـ.

٨- **تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية:** للشيخ محمد على بن حسن ، وهو بهامش الفروق للقرافى، طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٩- **التوضيح شرح التنقيح:** لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبى البخارى المتوفى سنة ٧٤٧هـ ، وهو بهامش شرح التلويح على التوضيح، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت..

١٠- **تيسير التحرير:** شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسينى على كتاب التحرير فى أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لابن همام الدين الأسكندرى ، المتوفى سنة ٨٦١هـ ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

١١- **حاشية الازميرى على مرة الاصول:** لسليمان بن فيض بن عبد الله الأزميرى، وهو شرح لكتاب مرآة الأصول لمنلاخسرو طبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣٥٨هـ.

١٢- **حاشية الرهاوى:** للشيخ يحيى الرهاوى المصرى، طبعة دار سعادت سنة ١٣١٥هـ ، وهو بأسفل شرح المنار.

١٣- **حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال على متن جمع الجوامع للسبكى:** الطبعة الثانية سنة ١٣٥٦هـ ، مصطفى الحلبى بمصر.

١٤- **شرح التلويح على التوضيح:** لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى المتوفى سنة ٧٩٣هـ ، مكتبة محمد على صبيح وأولاده ، دار العهد الجديد للطباعة وأيضا طبعة دار الكتب العلمية ببيروت.

١٥- **شرح المنار وحواشيه - من علم الاصول:** لعز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز المتوفى سنة ٨٠١هـ ، **على متن المنار فى اصول الفقه** للامام أبى البركات عبد الله بن أحمد ، المعروف بحافظ الدين النسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ ، طبعة دار سعادت سنة ١٣١٥هـ.

١٦- **غمز عيون البصائر - شرح كتاب الاشباه والنظائر:** لأحمد بن محمد الحموى المتوفى سنة ١٩٠٨هـ ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٧- **الفـــــروق**: لشهاب الدين أبى العباس المنهاجى ، المشهور بالقرافى طبعة مصورة بدار المعرفة ببيروت عن طبعة دار أحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٤٧هـ .

١٨- **القواعد فى الفقه الإسلامى**: للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥هـ ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

١٩- **كشف الاسرار على اصول فخر الإسلام البزدوى**: لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ ، طبعة دار صابر ببيروت مصورة عن طبعة الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ.

٢٠- **المستصفى من علم الاصول**: للامام محمد بن محمد أبى حامد الغزالى، الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية- بولاق مصر سنة ١٣٢٤هـ.

٢١- **الموافقات فى اصول الاحكام**: لأبى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى ، المعروف بالشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠هـ ، الناشر: مكتبة محمد على صبيح - طبعة المدنى.

٢٢- **نهاية السول فى شرح منهاج الوصول - للاسنوى**: مطبعة محمد على صبيح وأولاده بالأزهر والمطبعة السلفية ومكتبتها - القاهرة سنة ١٣٤٥هـ.

رابعا: كتــــب الفقـــه:

أ- الفقه الحنفى:

١- **البحر الرائق - شرح كنز الدقائق:** للامـام زين الدين بن نجـيم الحنفى ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية، المطبعة العلمية ١٣١١هـ .

٢- **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع:** للإمـام عـلاء الدين أبى بكر بن مسـعـود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ . مطبعة الامام الناشر: على يوسف بالقـاهرة والمطبعـة العلميـة والجمـاليـة بالقـاهرة سنة ١٣٢٨هـ .

٣- **البناية فى شرح الهداية:** لأبى محمود بن أحمد العينى.

٤- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:** للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى سنة ٧٤٣هـ - بهامش حاشية الشيخ شهاب الدين أحمـد الشلبى على هذا الشـرح، المطبعـة الأمـيـرية ١٣١٥هـ.

٥- **تحفة الفقهاء للسمرقندى:** تحقيق محمد زكى عبد البر.

٦- **التقرير إلى التحرير المختار لرد المحتار على الدر المختار:** للامـام عبد القـادر الرافعى الفاروق الحنفى مفتى الديار المصرية.

٧- **تنوير الابصار:** لمحمد بن عبد الله النمرتاشى الحنفى الغزى بشرح الحصفكى بهامش حاشية ابن عابدين.

٨- **جامع الفصولين - ابن قاضى سماوة:** بدر الدين محـمـود بن اسرائيل المتوفى سنة ٨٢٣هـ ، المطبعة الأزهرية عام ١٣٠٠هـ.

٩- **الجامع الكبير:** لمحـمـد بن الحـسن الشـيـبـانى المتوفى سنة ١٨٩هـ ، مطبعـة الاستقامة سنة ١٣٥٦هـ.

١٠- **الأصـــــــل:** لمحمد بن الحسن الشيبانى - مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٤م.

١١- **حاشية ابن عابدين المسماة - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار:** للامام محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣هـ.

١٢- **حاشية أبو السعود - المسماة فتح المعين على شرح الكنز:**

١٣- **حاشية الشلبى على شرح كنز الدقائق بهامش تبيين الحقائق:**

١٤- **درر الحكام فى شرح غرر الأحكام للقاضى الشهير بمنلا خسرو:** القاضى محمد بدر فرامــوز المتــوفى سنة ٨٨٥ هـ، طبع الاســتــانة سنة ١٣٣٠هـ ، وبهامشه **«غنية ذوى الأحكام» فى بغية درر الأحكام** للشرنبلالى حسن بن عمار المتوفى سنة ١٠٩٦هـ.

١٥- **الدر المختار شرح تنوير الأبصار:** للحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨هـ ، بهامش ابن عابدين «رد المختار».

١٦- **شرح العناية على الهداية:** للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، مطبوع مع نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار طبعة مصطفى الحلبى.

١٧- **فتح القدير - شرح الهداية:** لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة ٨٦١هـ طبع مصطفى محمد ١٣٥٦هـ.

١٨- **الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز:** لابن البزاز الكردى المتوفى سنة ٨٢٧هـ ، مطبوع بهامش الأجزاء ٤ ، ٥ ، ٦ ، من التفاوى الهندية.

١٩- **الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة:** للسلطان أبى المظفر محيى الدين محمد - المطبعة الأميرية سنة ١٣١٠هـ .

٢٠- **الفاوى الخانية بهامش الاجزاء الثلاثة الاولى من الهندية:** لحسن بن منصور الفرغاني المتوفى سنة ٥٩٢هـ ، المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ.

٢١- **الفتاوى الانقروية:** لمحمد بن الحسينى الأنقروى المتوفى سنة ١٠٩٨هـ ، المطبعة الأميرية سنة ١٢٨١هـ.

٢٢- **كشف الحقائق شرح كنز الدقائق:** للامام الأجل الشيخ عبد الحكيم الأفغانى نزيل دمشق.

٢٣- **المبســــوط:** لشمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ ، مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٣١هـ.

٢٤- **مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر:** لعبد الله بن محمد بن سليمان داماد أفندى.

٢٥- **نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار ،تكملة فتح القدير:** لشمس الدين أحمد ابن قودر - قاضى زادة المتوفى سنة ٩٨٨هـ ، طبع مصطفى محمد ١٣٥٦هـ.

٢٦- **الهداية شرح بداية المبتدى:** تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الراشدانى المرغينان المتوفى سنة ٥٩٣هـ ، الطبعة الأخيرة بمطبعة مصطفى الحلبى ، المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦هـ.

ب- الفقه المالكى:

١- **بلغة السالك لاقرب المسالك:** للعالم العلامة الشيخ أحمد الصاوى - عيسى البابى الحلبى .

٢- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد:** للشيخ الإمام الحافظ الناقد أبى الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى.

٣- **التاج والاكليل لمختصر خليل:** لأبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم

السعيدوى الشهير بالمواق والمتوفى فى رجب سنة ٨٩٧هـ.

٤- **تحرير الكلام فى مسائل الالتزام:** نقلها الشيخ عليش محمد بن أحمد المتوفى سنة ١٢٩٩هـ - بالجزء الأول من فتاويه - مطبعة التقدم العلمية ١٣١٩هـ.

٥- **جواهر الاكليل شرح مختصر خليل:** للعالم العلامة الشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى.

٦- **حاشية الدسوقى :** للامام العالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه.

٧- **حاشية البنانى:** للامام المحقق سيدى الشيخ محمد البنانى مطبوع بهامش شرح الزرقانى - مطبعة محمد افندى مصطفى بمصر.

٨- **حاشية الإمام الرهونى على شرح الزرقانى:** للامام العلامة الهمام سيدى محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى.

٩- **حاشية العدوى:** للامام العلامة الشيخ على العدوى مطبوع بهامش الخرشى على مختصر سيدى خليل.

١٠- **رسالة بن ابى زين القيروانى المالكى:** عبد الله بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٣٨٦هـ ، مطبوع مع الفواكه الدوانى - مطبعة الجمالية سنة ١٣٣٢هـ.

١١- **الشرح الكبير:** لابى البركات سيدى أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقى المتوفى سنة ١٢٣٠هـ، المطبعة الأزهرية عام ١٣٥٠هـ.

١٢- **شرح الخرشى على مختصر خليل :** لأبى عبد الله محمد الخرشى طبعة دار صابر.

١٣- **شرح الزرقاني:** للامام العارف العمداني الجامع بين على الأصول والمعاني سيدي عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر - بيروت سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

١٤- **شرح منح الجليل:** للامام العلامة الشيخ محمد عليش.

١٥- **الشرح الصغير:** لأبي البركات سيدي أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ.

١٦- **العقد المنظم للحكام:** لابن سلمون - مكتبة جامعة القاهرة - مكتبة الحقوق.

١٧- **الفواكه الدواني:** شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري المتوفى سنة ١١٢٠هـ.

١٨- **قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية:** تأليف محمد بن أحمد جزي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١هـ، طبعة دار العلم للملايين - بيروت.

١٩- **كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن ابي زير القيرواني:** لأبي الحسن على بن محمد ابن خلف المصري.

٢٠- **لباب اللباب:** تأليف الفقيه الإمام العلامة أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري المالكي.

٢١- **المدونة الكبرى:** للامام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩هـ.

٢٢- **مختصر خليل:** للامام الجليل أبي الضياء سيدي خليل مطبوع مع شرح الزرقاني والخرشي وشرح منح الجليل ومواهب الجليل للحطاب.

٢٣- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:** لإمام المالكية في عصره أبي عبد الله محمد ابن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ، مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا -

وطبعة ٢ سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م دار الفكر

٢٤- **النوادر:** لعبدلابن أبى زيد القيروانى «مخطوط» ميكروفيلم فى معهد المخطوطات تحت رقم ٢٨٤ فقه مالكى.

جـ- الفقه الشافعى:

١- **أسنى المطالب شرح روض الطالب:** لشيخ الاسلام والمسلمين زين الملة والدين أبى حيى زكريا الأنصارى الشافعى.

٢- **اعانة الطالبين:** للعلامة الفاضل الصالح السيد أبى بكر المشهور بالسيد البكرى بن العارف بالله السيد محمد شطا الدمياطى.

٣- **الانوار لاعمال الابرار:** لجمال الدين يوسف بن ابراهيم المتوفى سنة ٧٩٩هـ، المطبعة الجمالية ١٣٢٨هـ ، آخر طبعة

٤- **الام:** للامام الشافعى أبى عبد الله بن ادريس المتوفى سنة ٢٠٤هـ رواية الربيع الجيزى ، طبعة بولاق ١٣٢٦هـ.

٥- **حاشية البيجرمى على شرح منهة الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد:** للشيخ سليمان بن عمر.

٦- **حاشية الشهاب الرملى:** للامام الشهاب أبى العباس أحمد الرملى الكبير الأنصارى - مطبوع بهامش أسنى المطالب.

٧- **حاشية الشرقاوى على التحرير:** للشيخ الشرقاوى.

٨- **حاشية المزنى:** للامام الجليل أبى ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى الشافعى المتوفى سنة ٢٦٤هـ ، مطبوع مع الأم للشافعى.

٩- **روضة الطالبية وعمدة المفتين:** للامام محيى الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، طبعة المكتب الاسلامى - بيروت ، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٠- **شرح التحرير:** لشيخ الاسلام زكريا الأنصارى مطبوع مع حاشية الشرقاوى.

١١- **فتح المعين:** للعلامة زين الدين المليبارى مطبوع مع اعانة الطالبين.

١٢- **فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى :** عبد الكريم بن محمد القزوينى المتوفى سنة ٦٢٣هـ نسخة خطية منسوخة سنة ٦٦٨هـ ، بمكتبة الأزهر الشريف تحت رقم « ٥٧٢٦ » ثمانية عشر جزءا.

١٣- **المجموع شرح المهذب:** للأستاذ المحقق محمد نجيب المطيعى.

١٤- **مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج:** للشيخ محمد الشربينى الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبى وشركاه سنة ١٣٥٢هـ - ١٩٥٨م.

١٥- **المهذب فى فقه الإمام الشافعى:** تأليف أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ.

١٦- **منهاج الطالبين:** يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، المطبعة الميمنية ١٣٠٨هـ.

١٧- **نهاية المحتاج:** تأليف شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة ابن الشهاب الدين الرملى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ.

د- الفقه الحنبلي :

١- **اعلام الموقعين عن رب العالمين:** أبو عبد الله محمد بن أبى بكر ، المتوفى سنة ٧٥١هـ ، المطبعة المنيرية ، طبعة دار الجيل - بيروت.

٢- **الاقناع فى فقه الإمام احمد بن حنبل:** تأليف شيخ الاسلام المحقق أبى النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى المتوفى سنة ٩٦٨هـ، المطبعة الشرفية ١٣١٩هـ.

٣- **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد:** لأبى الحسن على ابن سليمان المرداوى الحنبلى - مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م.

٤- **الشرح الكبير على متن المقنع :** تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢هـ مطبوع أسفل المغنى لابن قدامة ، مطبعة المنار - بمصر.

٥- **شرح منتهى الارادات المسمى «دقائق اولى النهى» لشرح المنتهى:** للشيخ العلامة فقيه الحنابلة فى وقته منصور بن يونس بن ادريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، مطبعة دار الفكر.

٦- **كتاب الفروع:** لشيخ الاسلام محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٢هـ ، مطبعة المنار ١٣٤٥هـ.

٧- **الكافى لابن قدامة المقدسى:** تحقيق زهير شاويش، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامى - بيروت.

٨- **كشاف القناع شرح الاقناع:** للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى، طبعة عالم الكتب سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، والمطبعة الشرفية ١٣١٩هـ.

٩- **المغنى:** تأليف الإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ ، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ.

هـ- الفقه الظاهرى:

١- المحلـــــــــى: لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، تحقيق لجنة احياء التراث العربى ، طبعة دار الفكر - بيروت.

و- الفقه الزيدى:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: تأليف الامام المجتهد المهدى لدين أحمد بن حى ابن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ.

٢- التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار: أحمد بن قاسم العنسى اليمانى الصناعانى، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، عيسى البابى الحلبى - مصر.

٣- الروضة الندية شرح الدرر البهية: لابن الطيب صديق بن حسن بن على الحسينى التنوخى النجار - الطبعة الأولى - ادارة الطباعة المنيرية - الكعكيين - مصر.

٤- فقه الإمام جعفر الصادق : محمد جواد مغنية ، دار الجواد - بيروت - لبنان ١٩٨٢م - مطبعة دار التيار الجديد - بيروت - لبنان ١٩٨٤م.

٥- المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار: أبو الحسن عبد الله مفتاح مطبعة المعارف - ١٣٤٠هـ.

٦- السيل الجرار المتدفق على حدائث الأزهار: دارالكتب العلمية - بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

ز- الفقه الإمامى:

١- جواهر الكلام فى شرائع الاسلام: للشيخ محمد حسن النجفى، دار احياء التراث العربى، بيرت - لبنان - ١٩٨١م الطبعة السابعة.

٢- شرائع الاسلام: لابن القاسم نجم الدين جعفر الحسن بن يحيى بن سعيد الحلى، المكتبة العلمية الاسلامية بطهران خيابان ناصر خسروا ١٣٧٧هـ - دار الطباعة المخصومة ١٢٩٤هـ ط هجرية.

٣- قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام: لحسن بن مطهر الحلى ط هجرية كتبه العبد ميرزا سيد حسن بن الحاج ميرزا على تقى مدرس الحسن البزدى ١٣٣٠هـ.

٤- كتاب الخلاف للطوسي: شركة دار المعارف الإسلامية - مطبعة الحكمة.

٥- مختصر النافع فى فقه الامامية: نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى، مطابع دار الكتاب العربى بمصر.

* * * * * *

١- الايضـــاح: للشماخى - الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ - ١٩٧١ك.

٢- شرح كتاب النيل وشفاء العليل: محمد بن يوسف أطفيش، وكتاب النيل للمشمينى، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م دار الفتح، التراث العربى - ليبيا ، مكتبة الارشاد - جدة.

٣- كتاب الجامع للبهلوى العمانى: تحقيق عيسى يحيى البارونى، طرابلس، ط ١٢٩٣هـ - ١٩٧٣م.

خامسا: مؤلفات فقهية وأصولية حديثة :

١- **احكام التركات والمواريث:** للشيخ محمد أبو زهرة - مطبعة مصر.

٢- **احكام المعاملات الشرعية:** للشيخ على الخفيف ، طبعة دار الفكر العربى بالقاهرة - الطبعة الثالثة.

٣- **اصول الفقه:** للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة ١٣٧٧هـ.

٤- **الالتزامات فى الشرع الإسلامى:** للشيخ أحمد بك أبراهيم المتوفى سنة ١٣٦٤هـ ، توزيع دار الأنصار بالقاهرة.

٥- **الأهلية وعوارضها فى الشريعة الإسلامية:** للشيخ أحمد ابراهيم المتوفى سنة ١٣٦٤هـ ، طبعة العلوم بشارع الحلبى، بمنشية لاظ.

٦- **نظرية العقد:** لأستاذنا الدكتور/ محمود شوكت العدوى - آلة كاتبة.

٧- **الحق فى الشريعة الإسلامية:** للدكتور محمد طموم، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م بمطبعة حسان.

٨- **الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد «المدخل الفقهى العام»:** للدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا ، طبع بمطابع ألف باء الأديب سنة ١٩٦٧ - ١٩٦٨م بدمشق ، توزيع دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة.

٩- **العقود الشرعية:** للدكتور عيسى عبده.

١٠- **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية:** للدكتور عبد الكريم زيدان، طبعة عمر بن الخطاب - بالأسكندرية.

١١- **المدخل لدراسة الفقه الإسلامى:** محمد سلام مدكور، طبعة ١٩٦٠م.

١٢- **المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية فيه:** للأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبى- طبعة دار النهة العربية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٣- **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخه ، نظرياته مصادره:** أ.د.رمضان على السيد الشرنباصي طبعة سنة ١٩٩٢ - ١٩٩٣، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

١٤- **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته دراسة مقارنة:** تأليف الدكتور/ محمد يوسف موسى ، دار الفكر العربى عام ١٩٨٧م.

١٥- **المذاهب الفقهية:** ابراهيم دسوقى - شركة الطباعة الفنية المتحدة.

١٦- **مصادر الحق فى الفقه الإسلامى:** للدكتور/ عبد الرازق السنهورى المتوفى سنة ١٣٩١هـ - طبعة دار احياء التراث العربى - بيروت.

١٧- **مقدمات اصولية:** للاستاد الدكتور/ حسن أحمد مرعى، الطبعة الأولى بدار الهدى سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

١٨- **الموسوعة الفقهية:** طبعة وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٩- **المعاملات فى الشريعة الإسلامية:** للشيخ أحمد أبو الفتح، طبعة البوسفور ١٣٣٢هـ - ١٩١٣م.

٢٠- **المقاصة في الفقه الإسلامي - بحق مقارن:** الأستاذ/ محمد سلام مدكور، الناشر: مكتبة سيد عبد الله وهبة بدون تاريخ.

٢١- **المعاملات الشرعية المالية:** للشيخ أحمد ابراهيم بك، دار الأنصار بالقاهرة، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م.

٢٢- **مرشد الحيران إلى معرفة احوال الإنسان:** محمد قدرى، الطبعة الثالثة ١٩٠٩م.

سادسا: كتب اللغة العربية:

١- **تاج العروس من جواهر القاموس:** لمحمد الزبيدى ، طبعة الأميرية سنة ١٣٠٧هـ.

٢- **الصحتح تاج اللغة وصحاح العربية:** لاسماعيل بن حماد الجوهرى المتوفى سنة ٥٣٨هـ، طبعة ٣ على نفقة الشيخ حسن الشرتيلى.

٣- **لسان العرب:** لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور طبعة دار صابر للطباعة والنشر - بيروت سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥ - ١٩٥٦م.

٤- **مختار الصحاح:** لمحمد بن بكر الرازى - طبعة الأميرية سنة ١٩٢٠م مطبعة وزارة المعارف العمومية ١٣٤٥هـ - ١٩٢٦م.

٥- **المصابح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى:** تأليف أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى، طبعة المكتبة العلمية ببيروت - المطبعة الأميرية..

٦- **معجم الوجيز لمجمع اللغة العربية:** طبعة المركز العربى للطباعة والعلوم - نشر وتوزيع لبنان سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٧- **المعجم الوسيط:** لعلماء مجمع اللغة العربية - الطبعة الثانية ببيروت بالأوفست مصورة عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

٨- **القاموس المحيط:** لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادى الشيرازى موسوعة الرسالة - دار الريان للتراث.

سابعا: كتب القانون :

١- النظرية العامة للالتزام: الجزء الثانى الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم.

٢- النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصرى - الجزء الثانى- احكام الالتزام: للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى- الناشر: مكتبة سيد عبد الله وهبة - بدون تاريخ نشر.

٣- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - احكام الالتزام: للأستاذ الدكتور أنور سلطان - دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٤م.

٤- النظرية العامة للالتزام فى احكام الالتزام - الجزء الثانى: للأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج ١٩٨٥.

٥- النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية العربية اليمنية - الكتاب الثانى: للأستاذ الدكتور/ جميل الشرقاوى - أحكام الالتزام - الناشر: دار النهضة العربية ١٩٨٦م.

٦- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى: للأستاط الدكتور عبد الحى حجازى.

٧- احكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون - دراسة مقارنة: للأستاذ الدكتور/ طلبة وهبة خطاب - الطبعة الأولى - دار الفكر العربى بدون تاريخ.

٨- التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديقثة فى مصر والاقطار العربية: لأنور العمروسى - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣م.

٩- الوجيز فى آثار الالتزام: للأستاذ الدكتور محمد على عمران - مكتبة سعيد رأفت - جامعة عين شمس ١٩٨٤م.

١٠- إحكام الالتزام: للأستاذ الدكتور سليمان مرقس، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٧م.

١١- **احكام الالتزام - دارسة مقارنة فى القانون المصرى واللبنانى:** للاستاذ الدكتور على العدوى - الدار الجامعية، ١٩٨٦م.

١٢- **دوام حق الملكية - دراسة مقارنة:** للأستاذ الدكتور عبد الرازق حسن فرج، طبعة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

١٣- **شرح القانون المدنى:** تأليف أحمد فتحى زغلول، المتوفى سنة ١٩١٥م ، المطابع الأميرية بمصر ١٩١٣م.

١٤- **شرح القانون المدنى المصرى:** للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى.

١٥- **شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال:** للأستاذ الدكتور شفيق شحاتة.

١٦- **مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الثانى - احكام الالتزام:** للأستاذ الدكتور أحمد سلامة.

١٧- **النظرية العامة للالتزام «احكام الالتزام والاثبات»:** للأستاذ الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن، المطبعة العربية ١٩٨٨م.

١٨- **الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات:** للأستاذ الدكتور فتحى عبد الله عبد الرحيم عبد الله، مكتبة الجلاء بالمنصورة.

١٩- **الوجيز فى النظرية العاماة لالتزامات:** للأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦ ، ١٩٧٨م .

٢٠- **احكام الالتزام:** للأستاذ الدكتور مصطفى الجمال، طبعة ١٩٨٧م.

٢١- **نظرية الالتزام:** للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، طبعة الحلبى مصر ١٩٥٤م.

٢٢- **نظرية الحق:** للأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور.

٢٣- **نظرية الالتزام. الكتاب الاول - مصادر الالتزام:** للأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار - مطبعة الساعادة.

٢٤- **الوسيط فى شرح القانون المدني:** للأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى، طبعة دار النهضة العربية.

٢٥- **الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثالث - نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الثانى - انقضاء الالتزام:** للأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى - طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.

٢٦- **الكفالة - دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى:** للأستاذ الدكتور عبد الخالق حسن زحمد، طبعة الهدى للطباعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٧- **احكام الالتزام:** للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، طبعة ١٩٦٠م.

٢٨- **نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى:** للأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، طبعة ١٩٤٥م.

٢٩- **نظرية الحق:** للأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى.

٣٠- **مبادئ القانون:** للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة.

٣١- **المدخل لدراسة القانون:** للأستاذ الدكتور أحمد سلامة.

ثامنا: الرسائل الجامعية:

- **المقاصد فى الفقه الإسلامى**: رسالة دكتوراة للدكتورة ليلى عبد العزيز - جامعة القاهرة - كلية الحقوق.

- **تجديد الالتزام - دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى**: رسالة دكتوراة اعداد: رضا متولى وهدان - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٩٢م.

- **انتقال الالتزام بين الاحياء**: رسالة دكتوراة: د. محمد عباس السامرائى - القاهرة سنة ١٩٧٦م.

- **عقد الوكالة**: أ.د. أحمد طه ريان رسالة دكتوراة - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

- **النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية**: رسالة دكتوراة: أ.د. شفيق شحاتة - حقوق القاهرة ١٩٣٦م.

- **تحرير الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب**: تحقيق عبد السلام الشريف - رسالة ماچستير - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٠م.

- **تحقيق كتب الرهن والتفليس والحجر من الشامل للامام الصباغ**: رسالة ماچستير تحقيق الباحث رشدى شحاتة أبو زيد - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٩٠م.

تاسعا: الدوريات :

١-تأثير الموت فى حقوق الانسان والتزاماته . للشيخ على الخفيف: مقالة نشرت بمجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة القاهرة العدد الخامس فى ربيع الثانى سنة ١٣٦٠هـ - ١٩٤١م.

٢- مجلة المحاماة.

٣- الموسوعة الفقهية: طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

فهرست الموضوعات

رقم الإيداع بدار الكتب
١٤٢١٢/ ٩٨
ترقيم دولى I.S.B.N
977-10-11-89-8

الايمان للطباعة
تليفون :٤٢٦٣٩٦٠